



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche
Curriculum di Diritto processuale civile
XXVI ciclo

Tesi di Dottorato di ricerca
LA COMPETENZA ARBITRALE
DA COMPORTAMENTO ENDOPROCESSUALE
CONCLUDENTE
(s.s.d. IUS/15)

Dottoranda:
Dr.ssa Diana Signori

Tutor:
Chiar.mo Prof. Marco De Cristofaro

Coordinatrici del Dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa Maria Francesca Ghirga
Chiar.ma Prof.ssa Elena Merlin

A.A.
2013/2014

INDICE-SOMMARIO

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	1

CAPITOLO PRIMO: EVOLUZIONI NORMATIVE, DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI DEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE

<i>1. Dalla costruzione giurisprudenziale della vis attrattiva al sistema c.d. delle “vie parallele” introdotto dalla Legge 5 gennaio 1994 n. 25</i>	<i>7</i>
<i>2. Gli inquadramenti giurisprudenziali e dottrinali dei rapporti giudice-arbitro nella vigenza del sistema c.d. delle “vie parallele”</i>	<i>26</i>
<i>3. Il correttivo giurisprudenziale inaugurato da Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 e Cass. Civ., 7 aprile 1997 n. 3001: un’analisi comparativa col diritto francese</i>	<i>59</i>
<i>4. La natura privata dell’arbitrato come definita da Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 e Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403: l’esclusione dell’applicabilità del regolamento di giurisdizione e competenza</i>	<i>77</i>

CAPITOLO SECONDO:

LA COMPETENZA ARBITRALE DA COMPORTAMENTO ENDOPROCESSUALE CONCLUDENTE NELLA PROSPETTIVA DELLA RICONOSCIUTA PIENA EQUIPOLLENZA FUNZIONALE TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE

- 1. Sguardo d'insieme sulla riforma attuata con D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40: una complessiva riscrittura della disciplina sull'arbitrato* 109
- 2. L'efficacia del lodo secondo il nuovo art. 824 bis c.p.c.: l'avvenuta riconduzione dell'istituto arbitrale nell'alveo giurisdizionale* 129
- 3. La riconosciuta piena equipollenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione* 149
- 4. La competenza arbitrale da comportamento endoprocessuale concludente di cui all'art. 817, comma II, secondo periodo, e comma III, c.p.c. nella prospettiva della piena equivalenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione ordinaria* 177

BIBLIOGRAFIA 195

INTRODUZIONE

Al fine dell'approfondimento della tematica relativa alla competenza arbitrale da comportamento endoprocessuale concludente di cui all'art. 817, commi II e III, c.p.c., pare opportuna una preliminare disamina delle fasi evolutive che nel nostro ordinamento hanno interessato il fenomeno arbitrale nel rapporto con l'attività di *jus dicere* esercitata dall'apparato giudiziale di matrice statuale.

L'esame della normativa risalente alla stesura originaria del Codice di procedura civile, approvato con R.D. 28 ottobre 1940 n. 1443, conduce a ritenere che il legislatore dell'epoca avesse inteso informare l'emananda disciplina – peraltro sulla scorta di convinzioni che già furono proprie del Codice previgente, emanato nel 1865 – ai principi propri di quell'autoritarismo fascista che male avrebbe tollerato una composizione delle controversie fra privati che non avesse la sua origine nel fondamento della sovranità statuale e che in essa non si esaurisse. Così impostando la tematica, si finì per delineare la figura dell'arbitro quale mero ausiliario della magistratura statuale ⁽¹⁾, confinandolo in un ruolo di natura per lo più ancillare.

Un primo passo verso una progressiva equiparazione fra arbitrato e

⁽¹⁾ VERDE Giovanni, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 469-470: “Si riteneva che non rientrasse nell'autonomia dei privati il potere di far decidere le controversie da propri giudici, ma soltanto quella di far predisporre dagli arbitri un atto preparatorio e/o complementare della futura decisione, comunque imputabile ai giudici dello Stato. Ed infatti, dal punto di vista del processo la decisione degli arbitri o si tramutava in sentenza o si risolveva nel nulla”. Nel prosieguo della trattazione l'Autore descriveva la figura dell'arbitro quale “pallida controfigura del giudice, una sorta di consulente voluto dalle parti per apprestare il materiale della futura sentenza”.

giurisdizione ordinaria si ebbe con la Legge 9 febbraio 1983 n. 28 con riguardo allo specifico profilo degli effetti scaturenti dalla decisione arbitrale, effetti sempre più somiglianti a quelli tipici di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. La predetta legge recante *“Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato”*, attribuiva al lodo arbitrale, quale effetto per così dire “naturale”, *“efficacia vincolante fra le parti”* a seguito della semplice sottoscrizione da parte degli arbitri. In tale contesto normativo l'obbligazione avente ad oggetto il deposito del lodo presso la cancelleria della Pretura – obbligazione che precedentemente all'entrata in vigore della legge anzidetta sussisteva in capo agli arbitri e che doveva essere assolta nel termine perentorio di cinque giorni, pena la totale perdita di validità, sul piano giuridico, del lodo stesso – finiva per divenire, per effetto della Novella – che pure estese il termine per il deposito da cinque giorni ad un anno – un semplice onere in capo alla parte che fosse interessata all'ottenimento della dichiarazione di esecutività della decisione arbitrale in vista dell'esecuzione del lodo nel territorio della Repubblica ⁽²⁾ o, all'inverso e paradossalmente, un onere per la parte che avesse voluto impugnarlo.

Un ulteriore avvicinamento fra decisione arbitrale e sentenza si ebbe per effetto della riforma attuata con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25 recante *“Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale”*. Detta legge ebbe il merito di consentire, modificando l'art. 827 c.p.c. – con significativa rilevanza sotto il profilo sistematico – la proponibilità della impugnazione per nullità, della revocazione

⁽²⁾ In questo senso, PUNZI Carmine, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 753.

straordinaria e delle due ipotesi di opposizione di terzo, ordinaria e revocatoria, anche contro il lodo non ancora depositato nella cancelleria del Pretore ai fini dell'ottenimento della dichiarazione di esecutività, rendendo così la decisione arbitrale indipendente dall'*exequatur* pretorile sia sotto il profilo dell'acquisto dell'efficacia *inter partes* e della validità – obiettivo già raggiunto dalla precedente legge di riforma – sia sotto il profilo della sua impugnazione ^(3,4).

Nel senso di una netta distinzione fra arbitrato e giurisdizione ordinaria – tuttavia equiordinati quanto a dignità – si pose la nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 3 agosto 2000 n. 527, la quale – disattendendo il tradizionale orientamento ⁽⁵⁾ secondo cui il giudizio degli arbitri rituali era da considerarsi equivalente e sostitutivo

⁽³⁾ Così PUNZI Carmine, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, *ivi*, p. 754.

⁽⁴⁾ Così anche TARZIA Giuseppe, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 631 e ss. L'Autore illustrava anche i fini per i quali, allo stadio della normazione a lui contemporanea, era necessaria la dichiarazione di esecutorietà del lodo: “la dichiarazione di esecutorietà del lodo è necessaria soltanto per fargli acquisire ben determinati effetti: di titolo esecutivo, anzitutto; di titolo per la trascrizione “in tutti i casi in cui sarebbe soggetta a trascrizione la sentenza avente il medesimo contenuto” [...]; di titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (in virtù dell'inalterato art. 2819 c.c.)”.

⁽⁵⁾ Si legge infatti in motivazione che “queste Sezioni Unite hanno già affermato che le «modifiche apportate [dalla novella del 1994] agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 c.p.c. con l'eliminazione anche del nomen di sentenza arbitrale, che nel testo originario del codice, era attribuito al lodo dopo l'emanazione del decreto pretorile che lo dichiara esecutivo, sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti»; e che, di conseguenza, si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato, e, addirittura, di «organismi giurisdizionali» (v. sent. 24 maggio 1995, n. 5690, *id.*, rep. 1995, voce cit., n. 134, e ord. 26 aprile 1996, n. 377, *id.*, rep. 1997, voce Arbitrato, n. 108)”.

(⁶) di quello del giudice ordinario – definì il procedimento arbitrale come “*ontologicamente alternativo*” alla giurisdizione statale e, conseguentemente, attribuì al lodo un’esclusiva natura di atto negoziale, che altresì rimaneva inalterata pur a seguito del conferimento, a posteriori, degli effetti propri della sentenza. Gli enunciati principi condussero la Suprema Corte a qualificare le convenzioni di arbitrato come accordi di rinuncia all’azione giudiziale e alla giurisdizione dello Stato, così giungendo a ritenere che i contrasti sulla deferibilità ad arbitri rituali di controversie ritenute devolute alla competenza del giudice ordinario ovvero alla cognizione del giudice amministrativo non avrebbero determinato l’insorgenza di questioni di competenza e/o di giurisdizione, risolubili attraverso la proposizione del regolamento di competenza e/o di giurisdizione, ma solo la prospettazione di questioni di merito, in quanto direttamente inerenti alla validità o all’interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria (^{7,8}).

Alla successiva riforma, posta in essere con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, è da ascrivere il merito di aver equiparato (^{9,10}), quanto agli effetti, il

(⁶) I poteri decisorii degli arbitri erano ritenuti svolgere una “*funzione sostitutiva dei poteri del giudice ordinario*”: così Cass. Civ., S.U., 7 febbraio 1987 n. 1303, in *Archivio civile*, 1987, 498; Cass. Civ., S.U., 2 aprile 1984 n. 2149, in *Foro italiano*, Rep. 1984, voce *Giurisdizione civile*, n. 138; Cass. Civ., S.U., 4 luglio 1981 n. 4360, in *Foro italiano*, 1981, I, 1863.

(⁷) Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403 aggiungeva inoltre che il regolamento – necessario o facoltativo – di competenza sarebbe stato un mezzo processuale esperibile limitatamente alle questioni di competenza riconducibili allo schema di cui all’art. 38 c.p.c.

(⁸) Così in motivazione, Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 e Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403, con nota di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 2001, pp. 839 e ss.

(⁹) In questo senso, CONSOLO Claudio, in *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, Padova, 2006, p. 186, ove si legge: “*Il lodo*

lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, avendo essa attribuito alla decisione arbitrale *“dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”*. Il lodo arbitrale ora, pur essendo sempre soggetto alla disciplina dell'*exequatur* giudiziale, necessario ai fini dell'ottenimento dell'efficacia esecutiva, produce ormai pacificamente per sua propria virtù efficacia costitutiva e di accertamento, al pari di una sentenza proveniente dall'autorità giudiziaria.

La descritta evoluzione normativa e giurisprudenziale offre all'interprete il quadro generale entro cui orientarsi per comprendere la rilevanza “storica” di due recenti pronunce della giurisprudenza costituzionale e di

attualmente riceve dall'ordinamento – al pari ormai del giudicato straniero – una immediata efficacia analoga a quella della sentenza, pur promanando da privati”. Cfr. anche RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 951 e ss., spec. pp. 954-955, ove l'Autore afferma: *“Il lodo non omologato può equipararsi alla sentenza giudiziaria soltanto per quanto concerne gli effetti di accertamento e gli effetti costitutivi. Ma entro questi limiti l'equiparazione tra lodo e sentenza appartiene (a mio avviso per fortuna) al futuro diritto italiano”*; v. inoltre LUISO Francesco Paolo, *L'articolo 824 bis c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, pp. 235 ss.

⁽¹⁰⁾ *Contra* ODORISIO Emanuele, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, pp. 266 e ss. L'Autore sostiene che *“vi siano tuttora valide ragioni per escludere che la formula di cui all'art. 824 bis c.p.c. sia sufficiente per attribuire al lodo arbitrale non più impugnabile gli effetti della sentenza passata in giudicato sostanziale”*. La prima di queste ragioni atterrebbe alla c.d. efficacia riflessa generalizzata verso i terzi, che l'Autore ritiene essere propria della sentenza *“in considerazione della [sua ndr] provenienza [...] dalla pubblica autorità giurisdizionale”* e non invece del lodo arbitrale, *“il quale proviene da privati cittadini che derivano il loro potere dalle parti e non dallo Stato”*. La seconda ragione atterrebbe all'impossibilità, nel contesto di un procedimento arbitrale, dell'estensione del giudicato al c.d. rapporto giuridico complesso – estensione al contrario predicabile al giudicato scaturente da una sentenza – a causa dell'inevitabile ostacolo costituito dai limiti dell'accordo compromissorio.

legittimità ⁽¹¹⁾ che costituiscono l'approdo di una pluridecennale riflessione, infine giunta ad individuare nell'arbitrato, un tempo qualificato il “*vestibolo dell'edificio processuale*”, qual era sotto l'imperio del c.p.c. del 1865 ⁽¹²⁾, un “*totale equipollente giurisdizionale*” ⁽¹³⁾, sia quanto a risultato ed effetti sia con riferimento alla struttura del giudizio.

La presente tesi prenderà quindi avvio dall'analisi delle tappe che caratterizzarono l'evoluzione delle relazioni intercorrenti tra arbitrato e giurisdizione, per poi proseguire con lo studio delle attuali riflessioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, ed infine concludersi con una riflessione che tenta di fornire coerenza sistematica alla disciplina della competenza arbitrale da comportamento endoprocessuale concludente dettata dall'art. 817, commi II e III, c.p.c., nella prospettiva, ormai irreversibilmente acquisita, della piena equipollenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione.

⁽¹¹⁾ Il riferimento, ovviamente, è alle celeberrime pronunce C.Cost. 19 luglio 2013 n. 223 e Cass. Civ., 25 ottobre 2013 n. 24153.

⁽¹²⁾ V. la *Relazione al progetto di Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, presentato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli, il 26 novembre del 1863.

⁽¹³⁾ V. testualmente CONSOLO Claudio, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corriere giuridico*, p. 1110.

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONI NORMATIVE, DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI DEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: *1. Dalla costruzione giurisprudenziale della vis attrattiva al sistema c.d. delle “vie parallele” introdotto dalla Legge 5 gennaio 1994 n. 25 – 2. Gli inquadramenti giurisprudenziali e dottrinali dei rapporti giudice-arbitro nella vigenza del sistema c.d. delle “vie parallele” – 3. Il correttivo giurisprudenziale inaugurato da Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 e Cass. Civ., 7 aprile 1997 n. 3001: un’analisi comparativa col diritto francese – 4. La natura privata dell’arbitrato come definita da Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 e Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403: l’esclusione dell’applicabilità del regolamento di giurisdizione e competenza*

1. Dalla costruzione giurisprudenziale della vis attrattiva al sistema c.d. delle “vie parallele” introdotto dalla Legge 5 gennaio 1994 n. 25.

In un tempo ormai remoto ⁽¹⁾, la problematica attinente ai rapporti fra giustizia ordinaria ed arbitrale e alle esigenze di coordinamento che da detti rapporti traggono origine, si risolveva in una soluzione, quanto mai

⁽¹⁾ Anteriore all’entrata in vigore della Legge 5 gennaio 1994 n. 25.

artefatta e surrettizia, all'uopo congegnata da una tralatizia ma ben consolidata giurisprudenza ⁽²⁾. Era stata elaborata dalla letteratura giurisprudenziale del tempo la “*dottrina della incondizionata vis attrattiva del foro statale*” ⁽³⁾, che a ben vedere si risolveva, se analizzata nel suo nucleo più profondo ed essenziale, in una netta scelta di campo: veniva infatti accordata alla giurisdizione statale una decisa preferenza ⁽⁴⁾, alla quale si accompagnava, sul versante della giustizia arbitrale, un fermo sentimento di sfavore. Il giudice ordinario – nell'ipotesi di due controversie tra loro legate da un vincolo di connessione e contemporaneamente pendenti – l'una dinanzi alla magistratura statale, l'altra dinanzi agli arbitri – aveva il potere di vanificare la competenza del giudice arbitrale – così annullandone la *potestas iudicandi* di cui era stato dalle parti investito – per attrarre a sé l'oggetto del giudizio arbitrale connesso ed attribuire in tal modo l'intera *res iudicanda* alla propria cognizione ⁽⁵⁾. Ciò accadeva non solo nei casi in cui ⁽⁶⁾ la causa

⁽²⁾ Cass. Civ., 22 ottobre 1991 n. 11197, Cass. Civ., 23 agosto 1990 n. 8608, Cass. Civ., 21 marzo 1989 n. 1411, Cass. Civ., 9 giugno 1987 n. 5041, Cass. Civ., 23 settembre 1986 n. 5707, Cass. Civ., 29 novembre 1985 n. 5949, Cass. Civ., 27 ottobre 1984 n. 5510.

⁽³⁾ Così come definita da CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, pp. 478 e ss.

⁽⁴⁾ Intorno al sentimento di sfavore nutrito dalla giurisprudenza nei riguardi del fenomeno arbitrale, in dottrina: TARZIA Giuseppe, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 631 e ss.; GIACOBBE Daniela, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, in *Giustizia Civile*, 1997, pp. 2451 e ss.; MARENGO Roberto, *Arbitrato e connessione di cause*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, pp. 759 e ss.; RUBINO-SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato interno*, Padova, 1991, pp. 329-330; LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 474, il quale auspicava che “[venisse ndr] abbandonato un certo spirito di diffidenza e ostilità nei confronti dell'arbitrato”.

⁽⁵⁾ Cass. Civ., 23 agosto 1990 n. 8608 la cui massima recita “*In ipotesi di cause connesse, ai sensi dell'art. 40 c.p.c., delle quali soltanto quella principale sia*

principale fosse stata devoluta alla cognizione del giudice ordinario e la domanda accessoria deferita invece alla cognizione degli arbitri, ma anche nel caso contrario ⁽⁷⁾. La Suprema Corte aveva infatti avuto modo di ritenere ⁽⁸⁾ che anche – contrariamente agli esiti cui si sarebbe pervenuti facendo applicazione delle regole ordinarie – la domanda avente natura accessoria posta all’attenzione del giudice ordinario dispiegasse la descritta *vis attractiva* nei riguardi della causa principale introdotta innanzi al collegio arbitrale ^(9,10). A motivo della litispendenza

devoluta alla competenza arbitrale in forza di specifica clausola compromissoria, mentre quella accessoria, esorbitando dall’ambito di tale clausola, risulti devoluta alla cognizione dell’autorità giudiziaria, in siffatta cognizione viene assorbita anche quella sulla domanda principale, stanti l’esigenza del simultaneus processus e la naturale prevalenza della giurisdizione statale su quella arbitrale”; e nella cui motivazione si Legge dapprima “quando vi è vincolo di connessione fra cause devolute ad arbitro rituale e cause deferite alla cognizione del giudice ordinario, sussiste la competenza esclusiva di quest’ultimo” e poi più oltre, sempre in motivazione: “L’accento va posto [...] sulla naturale prevalenza della giurisdizione statale su quella arbitrale anche nel caso in cui la domanda principale sia di competenza degli arbitri e solo quella accessoria rientri nella competenza del giudice ordinario; basta, quindi, la concorrenza di domande che almeno in parte esorbitino dalla competenza arbitrale perché sulle liti connesse debba postularsi la competenza dei giudici dello Stato”.

⁽⁶⁾ Facendo applicazione – qualora fosse stata ritenuta possibile nei rapporti fra arbitrato e giurisdizione ordinaria – dei criteri dettati dall’art. 40 c.p.c.

⁽⁷⁾ E cioè qualora fosse la domanda principale ad essere devoluta agli arbitri e la domanda accessoria radicata invece dinanzi al giudice ordinario.

⁽⁸⁾ Così Cass. Civ., 28 maggio 1979 n. 3099, la cui massima recita: “Nell’ipotesi di domande connesse, alcune delle quali siano di competenza degli arbitri e le altre del giudice ordinario, la competenza arbitrale resta sempre assorbita in quella del giudice ordinario per la naturale prevalenza della giurisdizione ordinaria su quella arbitrale, anche nel caso in cui la domanda accessoria sia di competenza del giudice ordinario e quella principale degli arbitri”.

⁽⁹⁾ In tal modo pervenendo ad una applicazione per così dire “a rovescio” della regola enunciata all’art. 40 c.p.c.

⁽¹⁰⁾ Non solo, la predetta disciplina dell’assorbimento della competenza arbitrale in quella ordinaria doveva trovare applicazione anche nelle ipotesi di domanda in garanzia proposta in sede ordinaria, qualora la domanda principale fosse dedotta in sede arbitrale, così Cass. Civ., 8 luglio 1948 n. 1094; l’orientamento in questione

ordinaria dunque, in capo agli arbitri gravava l'obbligo ⁽¹¹⁾ di pronuncia declinatoria della propria competenza ⁽¹²⁾, in mancanza della quale il lodo successivamente emanato sarebbe stato soggetto alla sanzione di cui al n. 4 del comma I dell'art. 829 c.p.c., il quale sancisce la nullità del lodo emanato dagli arbitri che non hanno correttamente statuito sulla propria competenza ⁽¹³⁾.

La disciplina della *vis attractiva* del foro statale era – com'è evidente –

rimaneva altresì fermo non solo nei casi in cui fra le cause si ravvisasse un nesso di connessione c.d. propria (vale a dire nelle ipotesi contemplate dagli artt. 31-36 c.p.c.), ma anche nei casi di connessione c.d. impropria, cioè quando la decisione delle cause dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni: così Cass. Civ., 27 gennaio 1981 n. 628; Cass. Civ., 4 aprile 1979 n. 1943; Cass. Civ., 3 ottobre 1974 n. 2566; Cass. Civ., 5 luglio 1973 n. 1892.

⁽¹¹⁾ Occorre peraltro precisare che il principio dell'assorbimento della competenza arbitrale in quella ordinaria poteva trovare applicazione, secondo la giurisprudenza, solamente in presenza di determinate condizioni: il giudice ordinario adito doveva risultare munito di giurisdizione; la causa introdotta dinanzi al giudice ordinario doveva risultare, al momento della declinatoria degli arbitri, ancora in concreto pendente (e ciò perché la sopravvenuta incompetenza degli arbitri trovava il suo fondamento proprio nella parallela pendenza di un giudizio ordinario connesso); il giudizio civile non doveva essere stato instaurato in un momento successivo alla chiusura della discussione avanti il collegio arbitrale (e ciò a tutela del diritto al contraddittorio di quella parte che, ove si fosse proceduto alla traslazione della controversia arbitrale in sede ordinaria dopo la chiusura della discussione in sede arbitrale, non avrebbe più potuto svolgere attività difensiva o di replica); occorre trovarsi innanzi ad un'ipotesi di arbitrato facoltativo, (rimanendo la competenza degli arbitri intatta nei casi di arbitrato obbligatorio – fattispecie peraltro dichiarate incostituzionali già a partire dalla fine degli anni Settanta da C. Cost. 14 luglio 1977 n. 127 – trattandosi di ipotesi di competenza esclusiva per materia, pertanto non derogabile per ragioni di connessione).

⁽¹²⁾ L'incompetenza arbitrale sopravvenuta non era neppure soggetta alla rilevabilità su istanza di parte, avendo gli arbitri il potere di rilevarla d'ufficio, così Cass. Civ., 7 agosto 1972 n. 2647, in *Giustizia civile*, 1973, I, p. 828.

⁽¹³⁾ In questo senso C. App. di Milano 2 aprile 1980, in *Giurisprudenza Italiana*, 1980, I, 2, c. 406 ove in motivazione si Legge “*Anche per l'attività degli arbitri vale la regola secondo cui ciascun giudice è, anzi tutto, competente a giudicare sulla propria competenza; il difetto di quest'ultima rientra, nei casi qual è quello di cui si discute, nella fattispecie prevista dall'art. 829, comma I, n. 4, c.p.c.; è quindi denunciabile come motivo di nullità della pronuncia*”.

figlia di quella risalente concezione statualistica del diritto ⁽¹⁴⁾ che affondava le sue radici nelle premesse ideologiche che avevano informato l'organico sistema normativo del Codice di procedura civile del 1942, il quale, nel disciplinare la figura dell'arbitro come mero ausiliario della magistratura statale ⁽¹⁵⁾ – la quale sola deteneva il potere di conferire alla decisione arbitrale, dopo il suo deposito presso la cancelleria della Pretura competente, valore e rilevanza sul piano giuridico –, riconosceva espressamente la superiorità e preminenza della giurisdizione statale sul fenomeno arbitrale, che assumeva i caratteri di una sorta di “giustizia inferiore” ⁽¹⁶⁾.

In ragione di questa motivazione – che attiene alle fondamentali ideologiche che in quegli anni sorreggevano l'istituto dell'arbitrato – la giurisprudenza del tempo trovava buon gioco nel formulare un simile orientamento, senza peraltro avvertire la necessità di doversi riportare ad alcuna giustificazione sistematica, potendo limitarsi ad addurre una *“naturale prevalenza della giurisdizione statale su quella arbitrale”* ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, pp. 377 e ss., spec. p. 384 ove, alla nota ⁽³²⁾ si Legge “*L'assorbimento della potestas iudicandi arbitrale trovava il proprio motivo nella concezione statualistica del diritto che impone il predominio da parte dei giudici ordinari sulle diverse e alternative forme di amministrazione della giustizia*”.

⁽¹⁵⁾ Cfr. INTRODUZIONE, p. 2, nota ⁽¹⁾.

⁽¹⁶⁾ DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 378.

⁽¹⁷⁾ In questo senso, fra le altre, Cass. Civ., 22 ottobre 1991 n. 11197; la già citata Cass. Civ., 23 agosto 1990 n. 8608; Cass. Civ., 21 marzo 1989 n. 1411; Cass. Civ., 9 giugno 1987 n. 5041; Cass. Civ., 23 settembre 1986 n. 5707, Cass. Civ., 29 novembre 1985 n. 5949; Cass. Civ., 27 ottobre 1984 n. 5510; Cass. Civ., 28 settembre 1984 n. 4820 in *Foro italiano*, 1985, I, c. 816; Cass. Civ., 29 ottobre 1983 n. 6439; Cass. Civ., 15 luglio 1982 n. 4171; Cass. Civ., 27 gennaio 1981 n. 628; Cass. Civ., 28 maggio 1979 n. 3099; Cass. Civ., 4 aprile 1979 n. 1943; Cass. Civ., 21 febbraio 1979 n. 1108.

La dottrina, dal canto suo, non ebbe a tardare nella formulazione di riflessioni critiche avverso la costruzione giurisprudenziale anzidetta, rilevando peraltro senza troppe difficoltà le evidenti falle della descritta operazione creativa che la giurisprudenza del tempo andava congegnando. Venne infatti posto in evidenza ⁽¹⁸⁾ che un tale orientamento avrebbe potuto facilmente dare adito, nella sua operatività, al rischio di possibili comportamenti abusivi, che consistessero, per lo più, nell'instaurazione ad arte di un qualsivoglia giudizio ordinario connesso, il quale avrebbe attirato su di sé – per effetto dell'applicazione del principio dell'assorbimento – l'oggetto della controversia devoluta agli arbitri, per riuscire, in questo modo, a svincolarsi dalla stipulata convenzione di arbitrato ⁽¹⁹⁾.

Suscitava altresì in dottrina ⁽²⁰⁾ altrettante perplessità la disinvoltura con

⁽¹⁸⁾ Così LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, op. cit., p. 470 e MARENGO Roberto, *Arbitrato e connessione di cause*, op. cit., p. 761.

⁽¹⁹⁾ La giurisprudenza tentò tuttavia di correre ai ripari abbozzando una sorta di correttivo, in verità del tutto insoddisfacente: cfr. Cass. Civ., 9 giugno 1987 n. 5041; Cass. Civ., 23 settembre 1986 n. 5707; Cass. Civ., 29 novembre 1985 n. 5949; Cass. Civ., 27 gennaio 1981 n. 628; con la sentenza Cass. Civ., 23 agosto 1990 n. 8608, la Suprema Corte in proposito affermava che “*Non è esatto che sia sufficiente addurre una qualsiasi cervelotica domanda aggiuntiva, ovvero un qualsiasi rapporto di interdipendenza fra due cause, perché si faccia luogo alla modificazione della competenza “per connessione”, occorrendo invece che effettivamente si tratti di un vero e proprio rapporto di connessione rispondente al dettato della Legge, quale si evince dall’art. 40 cpc.*”. Simili prescrizioni non risultavano peraltro di facile attuazione da parte della giurisprudenza di merito, poiché l’indagine che il giudice ordinario avrebbe dovuto compiere avrebbe comportato una, ancorché sommaria, valutazione circa la fondatezza della domanda, ma la Corte di Cassazione stessa, con le sentenze Cass. Civ., 22 ottobre 1991 n. 11197; Cass. Civ., 9 giugno 1987 n. 5041; Cass. Civ., 29 novembre 1985 n. 5949 aveva espresso il divieto per l’autorità giudiziaria ordinaria di “*indagare sull’ammissibilità e fondatezza delle varie domande connesse,[...] [e ndr] sulla legittimazione o meno delle parti*”.

cui la Suprema Corte faceva applicazione, nei rapporti fra arbitrato e giurisdizione ordinaria, delle norme dettate dal Codice di procedura civile in materia di competenza ⁽²¹⁾, ed al contempo, contraddittoriamente, ne desumesse la applicabilità dell'art. 40 c.p.c. in materia di connessione di cause ⁽²²⁾ nell'unico senso dell'attribuzione

⁽²⁰⁾ Così LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, op. cit., p. 470.

⁽²¹⁾ Secondo l'analisi svolta da LIEBMAN Enrico Tullio, *ibidem*, la giurisprudenza infatti qualificava “*come limiti di competenza quelli che sono posti ai giudici da un compromesso o da una clausola compromissoria. La qualificazione sembra inaccettabile perché si tratta di limiti esterni e non di limiti interni della potestà giurisdizionale. Se, come io credo, il compromesso dà vita ad un'eccezione di inammissibilità della domanda e non ad un'eccezione di incompetenza, l'assorbimento delle cause connesse davanti al giudice viene a cadere immediatamente, non essendovi alcuna norma di Legge che attribuisca alla connessione la virtù di rendere ammissibili le cause che non lo sono*”.

⁽²²⁾ In questo senso MARENGO Roberto, *Arbitrato e connessione di cause*, op. cit., p. 760, secondo il quale “*il richiamo [...] al principio dettato dall'art. 40 c.p.c. quanto alla connessione di cause pendenti innanzi a giudici diversi non sembra omologabile. Tale norma regola i rapporti fra giudici dello Stato: estenderla a quelli tra giudici statuali ed arbitri importerebbe pregiudizialmente che l'arbitrato rituale fosse inquadrato nella giurisdizione dello Stato*”. E più oltre si Legge: “*[...] l'appartenenza di esso [dell'arbitrato, ndr] alla giurisdizione statale è da escludere, l'arbitrato nascendo dall'abdicazione del potere di rivolgersi al giudice e rivestendo, per la natura del compromesso e del lodo, nonché dell'attività intermedia, natura privata*”. Non solo: venne in proposito evidenziato da LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, op. cit., pp. 471-473, come si sarebbe potuta legittimare l'estensione dell'applicazione di tutta la normativa sulle modificazioni della competenza per ragioni di connessione – e quindi anche l'art. 40 c.p.c. – alla competenza arbitrale, solamente nel caso in cui si fosse stati disposti a riconoscere come fondato un altro preliminare assunto: cioè che le parti, con la stipula di un accordo compromissorio, avrebbero costituito una particolare competenza territoriale. Un assunto di tal genere però non risultava – né risulta oggi – in alcun modo omologabile. L'accordo avente ad oggetto la devoluzione ad arbitri di una determinata controversia non sembra costituire solamente un *pactum de foro prorogando*, ma sembra soddisfare specifiche esigenze delle parti, di qualità ed importanza ben maggiori. Inoltre, prosegue l'Autore, l'incondizionata applicabilità dell'art. 40 c.p.c. alle ipotesi di cause connesse, contemporaneamente pendenti nelle sedi ordinaria ed arbitrale, sarebbe dovuta essere esclusa anche con riferimento al fatto che anche in sede

incondizionata della competenza medesima al giudice ordinario.

Lo scenario dei rapporti fra giurisdizione ordinaria ed arbitrato in materia di connessione di cause si mantenne tale fino all'entrata in vigore della Legge 5 gennaio 1994 n. 25, alla quale è da ascrivere il merito di aver espressamente codificato ⁽²³⁾ l' *“autonomia della «competenza» arbitrale e la sua tendenziale indipendenza rispetto alla proposizione in via ordinaria di cause connesse”* quale *“regola generale antitetica rispetto a quella precedentemente coniata dalla giurisprudenza”* ⁽²⁴⁾. La Novella introdusse al riguardo l'art. 819 *bis*, il quale disponeva che *“la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la*

ordinaria la mera presenza di vincoli di connessione non autorizza sempre e comunque la concentrazione delle cause presso un unico giudice: al contrario, il cpv. dell'art. 40 c.p.c. indica due circostanze che rendono impossibile il *simultaneus processus*: la rilevazione del vincolo di connessione dopo la prima udienza e la impossibilità di esauriente trattazione e decisione delle cause connesse determinata dallo stato in cui si trova la causa principale o preventivamente proposta. Da ultimo, l'Autore osservava come anche la disciplina dell'art. 819 c.p.c. riguardante il nesso di pregiudizialità, – che è ritenuto il più qualificato fra i vincoli di connessione – fra giudizi arbitrali e ordinari rendesse la costruzione giurisprudenziale della *vis attractiva* del tutto inconciliabile con il sistema normativo vigente. Specificamente, se è vero che quando sorgeva una questione pregiudiziale che non può costituire oggetto di compromesso, nell'ambito di una controversia rientrante nella competenza arbitrale, la Legge aveva scelto la via della sospensione del giudizio arbitrale (in attesa della conclusione del giudizio ordinario avente ad oggetto la *quaestio praeiudicialis*) e non della riunione dell'intera *res iudicanda* dinanzi al giudice togato, risultava *“evidente che la connessione per pregiudizialità non è motivo sufficiente per far venir meno la competenza arbitrale e non vi è ragione alcuna per ritenere che le altre figure di connessione debbano avere un rilievo maggiore o diverso”*.

⁽²³⁾ Accogliendo i fecondi suggerimenti di RICCI Edoardo Flavio, *Un raggio di luce nel buio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993, pp. 179 e ss., ed essendo salutata con favore dalla dottrina del tempo, per la quale si vedano, PUNZI Carmine, *I principi generali sulla nuova normativa dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 341 e FAZZALARI Elio, in BRIGUGLIO Antonio – FAZZALARI Elio – MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 144.

⁽²⁴⁾ Secondo la definizione di DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 389.

controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice”.

Per espressa disposizione di Legge pertanto, nel caso di due controversie tra loro legate da un vincolo di connessione, si doveva fare applicazione del principio secondo il quale i due giudizi sarebbero proseguiti ognuno per proprio conto, rimanendo le due competenze reciprocamente “impermeabili” ^(25,26,27).

⁽²⁵⁾ Così CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., pp. 478 e ss. L’Autore distingueva altresì, all’interno delle ipotesi di connessione, i casi di connessione *debole o media* (ossia per titolo, oggetto o questioni comuni), per i quali rimaneva fermo il principio dell’autonomia reciproca dei due giudizi, dalle ipotesi di connessione *forte o per pregiudizialità – dipendenza o per pregiudizialità per incompatibilità*, nell’ambito delle quali sarebbe risultato doveroso operare un’altra distinzione fra i casi in cui il rapporto di pregiudizialità si instaurasse tra un giudizio ordinario pregiudiziale e un giudizio pregiudicato devoluto alla cognizione degli arbitri, ed altri casi in cui pregiudicato risultasse essere il giudizio ordinario. Con riguardo alla prima ipotesi l’Autore suggeriva la cognizione *incidenter tantum* da parte degli arbitri della questione pregiudiziale, oggetto di autonomo giudizio presso il giudice ordinario (e conseguente repressione delle eventuali incongruenze o contrasti logico – pratici fra i due giudicati mediante l’impugnazione per nullità del lodo “*contrario a precedente [...] sentenza passata in giudicato fra le parti*” a norma dell’art. 829, I comma, n. 8 c.p.c. (benché, ci permettiamo di osservare, il rimedio rischi di risultare impraticabile nei casi – probabilmente la maggior parte – in cui al lodo si sia giunti in tempi più brevi rispetto al giudicato giurisdizionale e sia già decorso il termine annuale di impugnativa). Ciò primariamente a motivo del fatto che la applicabilità della sospensione necessaria dettata dall’art. 295 c.p.c. avrebbe ostacolato la naturale vocazione dell’arbitrato alla celerità e snellezza, qualità spesso determinanti per le parti nella preferenza per la soluzione arbitrale. Secondariamente, ciò era ricavabile dall’art. 819, II comma, c.p.c. il quale disponeva la cognizione da parte degli arbitri di tutte le questioni insorte nel procedimento innanzi a loro instaurato, e quindi anche delle questioni pregiudiziali, oggetto di procedimento in sede ordinaria, qualora non avessero dato luogo dinanzi agli arbitri stessi ad alcuna conversione in causa pregiudiziale; qualora invece le parti avessero formulato una domanda di accertamento incidentale sulla questione pregiudiziale, accettando tutte la devoluzione ad arbitrato di tale ulteriore lite, il giudice ordinario nel parallelo giudizio avrebbe dovuto declinare la competenza; se invece si avesse avuto solo “accettazione” dei difensori *ex art. 817 c.p.c.*, avrebbero dovuto gli arbitri declinare la competenza *ex art. 39 c.p.c.*, in quanto investiti per secondi della nuova lite. Con riguardo all’ipotesi inversa, quando cioè pregiudicato da un giudizio arbitrale fosse stato un giudizio ordinario, l’Autore riteneva

Con riguardo invece alle ipotesi di contemporanea pendenza della stessa lite, e così di proposizione di *identiche* domande, dinanzi agli arbitri e all'autorità giudiziaria ordinaria – evenienza all'atto pratico non infrequente – la giurisprudenza del tempo, riconoscendo correttamente

applicabile la disciplina della sospensione necessaria del giudizio dipendente, a norma dell'art. 295 c.p.c., non essendovi in questo caso alcuna argomentazione contraria efficacemente spendibile.

(²⁶) A favore della tesi della reciproca indifferenza tra la giurisdizione ordinaria e giustizia arbitrale anche RICCI Edoardo Flavio, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, pp. 501 e ss., spec. pp. 502-503. L'Autore, prendendo le mosse dall'art. 819 *bis*, introdotto dalla riforma apportata dalla Legge 5 gennaio 1994 n. 25, osservava come la litispendenza giudiziaria fosse sfornita di conseguenze nel procedimento arbitrale, sia che i due giudizi fossero legati da un vincolo di connessione sia che avessero ad oggetto esattamente la medesima lite. Ragionando intorno alla parola “*connessione*”, adoperata dal legislatore nella norma *de qua*, si considerava che, qualora la si intenda nel suo senso più ampio – tale cioè da ricomprendere tutti i casi in cui le due liti avessero in comune almeno uno qualsiasi degli elementi identificativi (soggettivo od oggettivo), e quindi anche al caso di identità di tutti gli elementi identificativi –, il problema della disciplina applicabile alle ipotesi di identità di cause contemporaneamente pendenti dinanzi agli arbitri e all'autorità giudiziaria sarebbe stato risolto dalla Legge *per tabulas*. Ma anche qualora si intendesse la parola “*connessione*” nel suo significato più ristretto – limitato cioè alle ipotesi di cause che avessero in comune solamente alcuni degli elementi identificativi, e non dunque anche ai casi di identità di cause – il problema della disciplina applicabile alle ipotesi di identità di cause contemporaneamente pendenti sarebbe stato facilmente risolvibile mediante l'applicazione non in via immediata, bensì in via analogica della medesima disposizione.

(²⁷) Nel senso invece della applicabilità all'arbitrato rituale degli artt. 5 e 39 c.p.c., ACONTE Modestino, *Arbitrato e competenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, pp. 239 e ss., spec. pp. 252-253. L'Autore osservava come, in ragione della compiuta disciplina, da parte della Legge 5 gennaio 1994 n. 25, della fase introduttiva del processo arbitrale e, nell'ambito di questa, della domanda di arbitrato che era divenuta, in forza degli artt. 25 e 26 della Legge di riforma, idonea alla produzione dei tipici effetti sostanziali e processuali della domanda, si dovesse riconoscere “*la «pendenza» del processo arbitrale identica a quella dei processi che si svolgono dinanzi ai giudici dello Stato, con la conseguenza che, dopo la riforma, anche la domanda di arbitrato [risultava ndr] in grado di [...] dare vita, in una alla costituzione del collegio arbitrale, alla «pendenza» unitaria del processo arbitrale: [di talché, ndr] non [era ndr] sembrato lecito dubitare più, infatti, dell'applicabilità all'arbitrato rituale degli artt. 5 e 39 c.p.c.*”.

l'equivalenza del giudizio arbitrale rispetto all'ordinario giudizio di cognizione ⁽²⁸⁾, riteneva che sia gli arbitri, sia l'autorità giudiziaria ordinaria fossero tenuti a giudicare sulla propria competenza ⁽²⁹⁾, secondo il principio della *Kompetenz-Kompetenz* ⁽³⁰⁾, accertando cioè entrambi ⁽³¹⁾ l'esistenza, validità ed esatta portata del compromesso o della clausola compromissoria. La avvenuta scelta delle parti in favore della futura devoluzione della lite tra loro insorta alla cognizione di un collegio arbitrale avrebbe determinato dunque l'insorgere, in capo alla parte che avesse inteso farla valere, l'onere, stabilito a pena di decadenza, di sollevare la relativa eccezione dinanzi al giudice in comparsa di risposta depositata in cancelleria *ex art. 167 c.p.c.* ⁽³²⁾. La

⁽²⁸⁾ Cfr. INTRODUZIONE, p. 5.

⁽²⁹⁾ Così LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 517 e ss., ove si Legge: "Si affermava [...] che sia l'arbitro sia il giudice, investiti della stessa controversia, dovessero, ciascuno per suo conto, interpretare ed applicare il patto compromissorio: con l'esito della pronuncia nel merito da parte degli arbitri e della dichiarazione di incompetenza da parte del giudice, ove per la controversia in questione fosse ritenuta prescritta la via arbitrale; con una pronuncia nel merito da parte del giudice e con il rifiuto di pronunciare da parte degli arbitri, ove per la controversia in questione non fosse ritenuta prescritta la via arbitrale".

⁽³⁰⁾ Secondo il quale ciascun giudice è giudice innanzitutto della propria competenza.

⁽³¹⁾ Era – ed è tutt'oggi – opportuno riconoscere alla stipulazione di un accordo compromissorio "rilevanza bifronte", dal momento che, se da un lato risulta evidente la sua natura fondativa della *potestas iudicandi* degli arbitri, essa determina al contempo una "deroga alla competenza del giudice ordinario": sul punto, CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 490.

⁽³²⁾ Dal combinato disposto degli artt. 38, comma II, 167 e 180, comma II, c.p.c. – così come modificati dalla Legge 20 dicembre 1995 n. 534 – sembrava potersi desumere la tempestività dell'eccezione anche se sollevata nella udienza di prima comparizione. In questo senso, tra le altre, Cass. Civ., 24 marzo 1999 n. 2775, in *Giustizia civile*, Mass. 1999, p. 659; Cass. Civ., 8 febbraio 1999 n. 1079, con nota di DE SANTIS Francesco, *In tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Foro italiano*, 2000, I, pp. 2307 e ss.; Cass. Civ., 10 novembre 1998 n. 11294, in

disciplina della eccezione di incompetenza del giudice ordinario derivante da accordo compromissorio era infatti attinta dall'applicazione in via analogica della disciplina dell'eccezione di incompetenza per territorio semplice di cui all'art. 38, II comma, c.p.c. (^{33,34,35}).

Rivista dell'arbitrato, 1999, pp. 89 e ss. ed in *Giustizia civile*, Mass. 1998, pp. 2309 e ss.; Cass. Civ., 20 maggio 1997 n. 4474, in *Foro italiano*, Rep. 1998, voce *Arbitrato*, n. 102. Da ultimo, si fa menzione di Cass. Civ., S.U., 12 maggio 2008 n. 11657 la cui massima recita: “*In applicazione degli artt. 38, comma II, 166, 171, comma II e 167, comma II, c.p.c. (quest'ultimo nel testo vigente a decorrere dal 22 giugno 1995 e fino all'entrata in vigore, in data 1° marzo 2006, delle modifiche introdotte con il D.L. n. 35 del 14 marzo 2005, conv. con mod. nella LEGGE 14 maggio 2005 n. 80), l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile è formulata tempestivamente nella comparsa di costituzione, anche se essa è depositata con la costituzione del convenuto «fino alla prima udienza», mentre, successivamente alla entrata in vigore del decreto Legge n. 35 del 2005, l'eccezione è tempestivamente proposta soltanto se contenuta nella comparsa di risposta depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione*”.

(³³) In questo senso: Cass. Civ., 24 marzo 1999 n. 2775; Cass. Civ., 22 gennaio 1999 n. 565 in *Giustizia civile*, Mass. 1999, p. 134; Cass. Civ., 21 gennaio 1999 nn. 525, 517 e 511; Cass. Civ., 28 novembre 1996 n. 10617, in *Foro italiano*, Rep. 1996, voce *Competenza civile*, n. 142; Cass. Civ., 16 novembre 1992 n. 13317, in *Foro italiano*, Rep. 1992, voce *Arbitrato*, n. 116; Cass. Civ., 5 settembre 1992 n. 10240 (in motivazione), con nota di richiami di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 1992, I, 3298; Cass. Civ., 16 agosto 1990 n. 8309, in *Foro italiano*, Rep. 1990, voce *Competenza civile*, n. 109; Cass. Civ., 28 novembre 1989 n. 5181, in *Foro italiano*, Rep. 1989, voce *Competenza civile*, n. 82 e in *Archivio civile*, 1990, 382; Cass. Civ., 9 aprile 1986 n. 2469, in *Foro italiano*, Rep. 1986, voce *Arbitrato*, n. 47; Cass. Civ., 8 luglio 1980 n. 4343, in *Foro italiano*, Rep. 1980, voce *Competenza civile*, n. 162; Cass. Civ., 3 febbraio 1976 n. 348, in *Foro italiano* Rep. 1976, voce *Competenza civile*, n. 146; Cass. Civ., 21 ottobre 1969 n. 3445, con osservazioni di PEZZANO Giancarlo in *Foro italiano*, 1970, I, 1200; Cass. Civ., 19 giugno 1962 n. 1575, in *Foro italiano*, 1962, I, 2096; Cass. Civ., 27 luglio 1957 n. 3167, in *Foro italiano*, 1957, I, 1618.

(³⁴) La giurisprudenza tuttavia non richiamava, con riguardo all'eccezione di incompetenza del giudice derivante da accordo compromissorio, la necessità che la parte, nel sollevarla dinanzi al giudice ordinario, indicasse anche gli arbitri competenti: era ritenuta infatti preclusa la possibilità di una eventuale *translatio iudicii* dalla sede ordinaria a quella arbitrale – e viceversa – con l'inevitabile conseguenza, in caso di errore dell'attore nell'instaurazione del giudizio, del venir meno degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta dinanzi agli arbitri – o al giudice ordinario –. Ciò ha condotto, secondo ACONE Modestino,

Arbitrato e competenza, op. cit., pp. 239 e ss., la giurisprudenza a negare anche, sulla scorta del fermo orientamento che escludeva in radice la possibilità di qualsiasi trasmigrazione della causa dalla sede ordinaria a quella arbitrale e viceversa, “l’ipotizzabilità di un vincolo del giudice o degli arbitri ad quem (art. 44 c.p.c.) e la conseguente esperibilità del regolamento di competenza d’ufficio”. L’Autore, di contro, muovendo dalla premessa – il cui accoglimento si era reso necessario a partire dalla riforma avvenuta con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25, la quale rese il lodo indipendente dall’*exequatur* pretorile sia con riguardo al profilo della validità e della efficacia *inter partes*, sia con riferimento all’esperibilità dei rimedi impugnatori ed altresì attribui alla domanda di arbitrato effetti sostanziali e processuali analoghi a quelli prodotti dalla domanda proposta al giudice ordinario – della innegabile vincolatività nei confronti del giudice togato della pronuncia degli arbitri sulla individuazione del giudice competente (riconoscendo al contempo ovviamente anche la vincolatività nei confronti degli arbitri della pronuncia del giudice ordinario), affermava che non vi era “*motivo plausibile per negare la translatio iudicii da arbitri incompetenti e giudice ordinario e viceversa, così riconfermando all’art. 50 c.p.c. il valore di norma cardine del sistema della competenza civile ed il suo ruolo fondamentale nell’ambito del principio della tendenza del processo a pronunzie di merito*”. Concordava con la presente impostazione VACCARELLA Romano, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, in *Giustizia civile*, 1997, pp. 273 e ss., in cui affermava che “*il pragmatismo al quale si è ispirata la giurisprudenza con il definire come di competenza i rapporti con gli arbitri consentirebbe l’ulteriore passo della applicazione coerente della relativa disciplina a tali rapporti: il medesimo, efficiente empirismo che ha indotto la giurisprudenza a parlare di competenza per disciplinare l’eccezione di compromesso potrebbe spingerla – in accoglimento alle esigenze pratiche indicate da ACONE – a ritenere impugnabile con il regolamento di competenza il lodo sulla competenza, e ad applicare il regime della translatio iudicii di cui agli art. 44, 45 e 50 c.p.c.*”, benché peraltro sembrasse dubitare che i tempi fossero “*maturi per una tale «rivoluzione culturale*», [...] e che da essa [sarebbero derivati ndr] vantaggi prevalenti rispetto agli inconvenienti, in assenza di una integrale e consapevole ridefinizione normativa dei rapporti fra A.G.O. ed arbitri”.

(³⁵) Negava in radice ogni possibilità di *translatio iudicii* dalla sede ordinaria a quella arbitrale e viceversa un risalente orientamento giurisprudenziale, inaugurato da Cass. Civ., 27 maggio 1961 n. 1261, in *Foro italiano*, Rep. 1961, voce *Arbitrato*, n. 49 e in *Giustizia civile*, 1961, I, p. 1836; è stato ribadito dalle pronunce Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205, con nota di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 1996, I, 2714 e con nota di VACCARELLA Romano, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare sulla propria competenza*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1997, pp. 325 e ss.; Cass. Civ., 7 aprile 1997 n. 3001; Cass. Civ., 17 agosto 1997 n. 7521, con nota di D’ALESSANDRO Elena, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice e arbitro*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1998, pp. 493 e ss. Le presenti sentenze

Sul versante del giudizio arbitrale, l'eccezione di incompetenza degli arbitri era regolata da un'apposita norma: l'art. 817 c.p.c. disponeva al riguardo che *“la parte che non eccepisce nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria, non può, per questo motivo, impugnare di nullità il lodo”*. Dalla enunciata disposizione – relativa letteralmente al solo caso di esorbitanza delle conclusioni di controparte dai limiti dell'accordo compromissorio – si desumeva il

rilevavano come l'eterogeneità del processo arbitrale rispetto a quello ordinario non consentisse l'applicazione, nei rapporti fra giudice ordinario ed arbitri, del principio dell'unità della giurisdizione e del rapporto processuale – in virtù del quale è possibile la trasmigrazione della controversia da un giudice all'altro, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della proposizione della domanda originaria – codificato all'art. 50 c.p.c. Nondimeno, anche ammettendo la praticabilità della *translatio iudicii*, un'eventuale prosecuzione della causa innanzi agli arbitri – qualora il giudice ordinario avesse declinato la propria competenza, in ragione dell'avvenuta stipulazione di un accordo compromissorio – si sarebbe rivelata materialmente irrealizzabile, data la mancanza, al momento della pronuncia declinatoria da parte del giudice, della costituzione del giudice arbitrale, essendo il collegio di regola nominato dalle parti in un tempo successivo all'insorgere della controversia. Da ultimo, la giurisprudenza osservava come anche un'eventuale pronuncia arbitrale affermativa della competenza in capo al giudice ordinario non avrebbe reso possibile la trasmigrazione della controversia in sede ordinaria, non essendo vincolante nei confronti del giudice statale. Rilevava in proposito DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, pp. 177 e ss., come, nell'ambito della ricostruzione giurisprudenziale dei rapporti fra giudice ordinario ed arbitri in termini di competenza, la negazione della *translatio iudicii* si risolvesse in un'aporia – che del resto la Suprema Corte, in sede di regolamento di competenza (cfr. Cass. Civ., 12 agosto 1987 n. 7521), insisteva nel confermare, postulando che *“quando l'incompetenza del giudice adito sia originata da un accordo derogatorio con il quale le parti abbiano deferito ad arbitri la decisione della controversia, «la corte regolatrice non è chiamata a individuare in via definitiva quale sia il giudice competente a conoscere la controversia, bensì ad accertare se la competenza appartenga al giudice adito ovvero non appartenga ad alcun giudice»”* – che finiva per risolversi in un inaccettabile *non liquet*, e cioè nel *“rifiuto di indicare la competenza di alcun giudice (pubblico o privato che [fosse ndr])”*.

regime della relativa eccezione, la quale poteva essere sollevata dinanzi al collegio arbitrale lungo tutto il corso del procedimento ⁽³⁶⁾. La pronuncia arbitrale sulla esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato sarebbe stata unicamente soggetta all'impugnazione per nullità *ex art. 829 c.p.c.* ⁽³⁷⁾, e la decisione del

⁽³⁶⁾ Prima della costituzione del collegio arbitrale la valutazione circa l'esistenza, validità ed efficacia dell'accordo compromissorio sarebbe spettata solamente al giudice ordinario, il quale avrebbe avuto il potere di statuire intorno alla propria competenza; non era peraltro ammissibile, secondo Cass. Civ., 6 agosto 1969 n. 2803, in *Foro italiano*, 1969, I, 445, una azione, proposta innanzi al giudice ordinario, di mero accertamento della esistenza e validità dell'accordo compromissorio, che non fosse collegata ad una domanda di tutela del diritto sostanziale sottostante.

⁽³⁷⁾ Sosteneva l'esperibilità del regolamento di competenza anche avverso il lodo arbitrale sulla competenza (*rectius* sull'esorbitanza delle conclusioni dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria) ACONE Modestino, *Arbitrato e competenza*, op. cit., p. 257, muovendo dalla premessa secondo cui la decisione arbitrale – per effetto dell'entrata in vigore della Legge 9 febbraio 1983 n. 28, la quale aveva equiparato l'efficacia del lodo, che nondimeno rimaneva soggetto ad omologazione per divenire trascrivibile e forzatamente eseguibile, a quella di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, in grado cioè di produrre gli effetti “*«propri dell'accoglimento o del rigetto in merito di domande di accertamento o di modificazione sostanziale» e, a fortiori, quelli che vengono prodotti dalle sentenze «processuali», tra le quali vanno annoverate quelle sulla competenza»* – era soggetta ad un regime giuridico “*equiparabile a quello della omologa sentenza del giudice*”. L'Autore in proposito ricordava come sia la sentenza del giudice ordinario sulla competenza, sia la sentenza del giudice resa in sede di impugnazione del lodo per nullità erano soggette al rimedio impugnatorio del regolamento di competenza. Qualora dunque non si fosse stati disposti a riconoscere alla decisione arbitrale il medesimo trattamento giuridico sotto il profilo delle impugnazioni, si sarebbe determinata una “*situazione del tutto illogica*”: il lodo infatti, per poter ricevere un controllo sulla competenza, sarebbe dovuto passare “*per forza attraverso la trafila di una impugnazione intermedia*”, la quale inevitabilmente avrebbe arrecato pregiudizio alle esigenze di celerità nella definizione delle situazioni giuridiche processuali. Nemmeno il tenore letterale della norma contenuta al comma I dell'art. 827 c.p.c., secondo la formulazione allora in vigore – secondo il quale “*il lodo è soggetto soltanto all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo*” – sarebbe valso ad escludere l'esperibilità avverso il lodo del regolamento di competenza, poiché perfettamente contrapponibile al tenore letterale dell'art. 46 c.p.c., il quale

giudice ordinario dell'impugnazione, dichiarativa della nullità del lodo, sarebbe stata impugnabile mediante la proposizione del regolamento necessario di competenza *ex art. 42 c.p.c.* ⁽³⁸⁾ e non invece col ricorso

escludeva – nella sua formulazione anteriore alla modifica ad esso apportata dalla Legge 21 novembre 1991 n. 374 – dal novero dei provvedimenti impugnabili con regolamento di competenza solamente le sentenze dei conciliatori. In secondo luogo, l'Autore osservava che, dato il “*carattere «limitato» dell'istanza di regolamento di competenza*” – essendo il regolamento di competenza esperibile solamente avverso le sentenze affermative o declinatorie della competenza, al contrario dell'impugnazione per nullità, esperibile contro tutti i lodi arbitrali – il solo tenore letterale dell'art. 827, I comma, c.p.c. non valesse “*di per sé solo, ad escludere questo speciale mezzo di impugnazione*”. Affermare infine – come del resto faceva la giurisprudenza del tempo – l'inutilità dell'esperimento del regolamento di competenza, sostenendo la non vincolatività, nei riguardi del collegio arbitrale, della pronuncia della Corte regolatrice costitutiva, secondo l'Autore, una posizione non omologabile: “*ammettere il regolamento di competenza ad istanza di parte per violazione del patto compromissorio rituale da parte del giudice ordinario e da parte del giudice dell'impugnazione per nullità del lodo senza riconoscere alla pronuncia della Corte di Cassazione l'efficacia vincolante per chiunque [...] – o meglio riconoscerla solo se la «competenza» spetta al giudice ordinario – costituisce una contraddizione tanto stridente che non si tarda a constatare come essa mini alle fondamenta tutta la costruzione giurisprudenziale: [...] né può seriamente sostenersi, per la giustificazione del rimedio, che è sufficiente il vincolo per il giudice ordinario; invero, o la Corte regola sempre o non regola mai la competenza, non essendo concepibile un regolamento che non regola – sia pure in alcuni casi – la competenza*”.

⁽³⁸⁾ Nel medesimo senso si annovera un cospicuo filone giurisprudenziale, nel quale vanno menzionate, come maggiormente indicative: Cass. Civ., 23 gennaio 1990 n. 354; Cass. Civ., 22 dicembre 1988 n. 7018, in *Giurisprudenza italiana*, Rep. 1988, voce *Competenza civile*, n. 207; Cass. Civ., 21 luglio 1988 n. 4717, in *Archivio civile*, 1989, 33; Cass. Civ., 31 luglio 1986 n. 4902, in *Giurisprudenza italiana*, Rep. 1986, voce *Competenza civile*, n. 374; Cass. Civ., 25 ottobre 1982 n. 5568 in *Giustizia civile*, 1983, I, 1228; Cass. Civ., 26 febbraio 1981 n. 1190, in *Giurisprudenza Italiana*, Rep. 1981, voce *Competenza civile*, n. 474; Cass. Civ., 3 febbraio 1968 n. 353, in *Foro Italiano*, 1970, I, 33, e in *Giustizia Civile*, 1970, I, 1427; Cass. Civ., 9 luglio 1953 n. 2211 in *Giurisprudenza Italiana*, 1955, I, 1, 162, con nota di VECCHIONE Renato. In dottrina, sosteneva l'esperibilità del regolamento necessario di competenza avverso la sentenza dichiarativa della nullità del lodo per carenza di patto compromissorio: MIRABELLI Giuseppe, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, pp. 79 e ss.

ordinario per Cassazione *ex art.* 360, n. 2 c.p.c. ⁽³⁹⁾.

Del pari, la sentenza del giudice ordinario, declinatoria o affermativa della propria “competenza” in ragione dell’accordo compromissorio, sarebbe stata impugnabile con il regolamento di competenza (necessario *ex art.* 42 c.p.c. o facoltativo *ex art.* 43 c.p.c., a seconda dei casi).

Prendeva così forma il sistema c.d. delle “vie parallele” fra la giurisdizione ordinaria e l’arbitrato, secondo il quale due procedimenti concernenti oggetti tra loro identici, avviati presso le due sedi, arbitrale ed ordinaria, sarebbero proceduti parallelamente, in modo cioè reciprocamente indipendente ed autonomo, non essendovi rimedi specificamente rivolti alla prevenzione di giudicati contraddittori ⁽⁴⁰⁾. La

⁽³⁹⁾ Nel senso dell’esclusione dell’esperibilità del rimedio impugnatorio del regolamento di competenza avverso la sentenza dichiarativa della nullità del lodo arbitrale per incompetenza degli arbitri, e della conseguente praticabilità della via del ricorso ordinario per Cassazione: Cass. Civ., 20 maggio 1969 n. 1752, con nota di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 1969, I, 2195 e Cass. Civ., 1 giugno 1990 n. 5154.

⁽⁴⁰⁾ La giurisprudenza della Corte di Cassazione era costante nell’affermare la impossibilità dell’applicazione, nei rapporti fra arbitrato e giurisdizione ordinaria – benché i detti rapporti continuassero ad essere inquadrati nell’alveo della “competenza” – dell’istituto della litispendenza, regolato dall’art. 39 c.p.c., norma che impone al giudice adito successivamente di declinare d’ufficio la propria competenza in favore del giudice adito per primo. Rilevava LEPRI Fabio, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell’art. 39, I comma, c.p.c.*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1996, 2, pp. 376 e ss., come, “una volta ricondotto l’arbitrato nell’alveo della giurisdizione ordinaria, e quindi adottata la prospettiva della «competenza», non sussiste alcuna ragione giuridica per escludere l’applicazione del meccanismo di cui all’art. 39, comma I, c.p.c. al caso della proposizione d’una stessa causa innanzi agli arbitri ed all’autorità giudiziaria statale”. L’Autore, pur non aderendo alla tesi della riconduzione allo schema della “competenza” dei rapporti fra arbitro e giudice ordinario, osservava come le innovazioni apportate alla disciplina dell’arbitrato dalla Legge 5 gennaio 1994 n. 25 rendessero gli effetti del lodo arbitrale – ad eccezione dell’assenza della *vis executiva* – pari a quelli della sentenza statale: affermava dunque che, “quanto meno sul piano della prevenzione dei conflitti tra pronunce (e del ne bis in idem), lodo e sentenza vanno oggi considerati

potenziale emanazione di sentenze e lodi contrastanti, concernenti il medesimo oggetto, dovuta alla parallela praticabilità di entrambe le sedi, ordinaria ed arbitrale, era impedita unicamente dal fatto che la pronuncia – lodo o sentenza – che diventasse per prima definitiva poteva essere fatta valere e doveva essere osservata nel processo ancora pendente. La spendita dell'eccezione di cosa giudicata avrebbe ricomposto dunque, in

identicamente. Conseguentemente, priva di giustificazione [...] del meccanismo codicistico destinato istituzionalmente ad evitare la duplicazione dei giudizi ed il contrasto di giudicati tra processi pendenti nell'alveo della giurisdizione ordinaria" e che "siffatta esclusione [non ndr] trova giustificazioni pratiche, se si considera che è oggi legislativamente canonizzata l'idoneità a dar luogo a litispendenza dell'atto con il quale la parte «dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede per quanto le spetta alla nomina degli arbitri». A favore dell'applicazione dell'art. 39 c.p.c. all'ipotesi di contemporanea pendenza della stessa causa dinanzi agli arbitri ed al giudice togato – "nella quale è ben presente il rischio di un bis – sia pure quoad effectum – di decisioni sulla stessa causa", si poneva TOTA Gabriella, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in www.judicium.it, la quale nondimeno ravvisava – con la finalità di prevenire inutili dispendi di attività processuale ed altresì scongiurare l'irrimediabile perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda, nell'eventualità in cui il giudice preventivamente adito declinasse anch'egli la propria competenza – l'opportunità di consentire al giudice successivamente adito di sospendere il giudizio innanzi a sé in attesa che il giudice preventivamente adito statuisse intorno alla propria *potestas iudicandi*, "in una prospettiva di coordinamento tra i due processi, onde evitare l'irrimediabile compromissione del diritto dell'attore che ha ragione". Negavano invece la applicabilità dell'art. 39 c.p.c. ai rapporti tra arbitri e giudice ordinario: FAZZALARI Elio, in BRIGUGLIO Antonio – FAZZALARI Elio – MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., pp. 144 e ss., il quale si poneva invece a sostegno della tesi secondo cui il rapporto fra i due processi era di "possibile cumulo; con la conseguenza che soltanto la pronuncia – di giudice o di arbitro – che passi in giudicato per prima s'impone, per il rispetto dovuto alla «cosa giudicata», nel processo ancora pendente" e in *L'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 43 e ss.; LA CHINA Sergio, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, pp. 102 e ss.; RICCI Edoardo Flavio – RUOSI Wolfgang Maria in TARZIA Giuseppe – LUZZATTO Riccardo – RICCI Edoardo Flavio (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, pp. 113 e ss.

via repressiva, il potenziale conflitto di pronunce, realizzandosi così il coordinamento fra i paralleli giudizi ⁽⁴¹⁾. Altri meccanismi di coordinamento, ad esempio l'impugnazione per nullità del lodo di merito ⁽⁴²⁾ e la regola in materia di successione temporale degli atti giuridici ⁽⁴³⁾

⁽⁴¹⁾ In questo senso, FAZZALARI Elio, *L'arbitrato*, op. cit., e LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, op. cit.

⁽⁴²⁾ Così CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 491.

⁽⁴³⁾ Sul punto la giurisprudenza, per la quale si citano Cass. Civ., 26 febbraio 1998 n. 2082; Cass. Civ., 27 gennaio 1993 n. 997, in *Foro italiano*, Rep. 1993, voce *Cosa giudicata civile*, n. 2; Cass. Civ., 25 gennaio 1993 n. 833, in *Foro italiano*, Rep. 1993, voce *Cosa giudicata civile*, n. 2; Cass. Civ., 18 ottobre 1990 n. 10149, in *Foro italiano*, Rep. 1990, voce *Cosa giudicata civile*, n. 5; Cass. Civ., 29 agosto 1986 n. 5311, in *Foro italiano*, Rep. 1986, voce *Cosa giudicata civile*, n. 7, e dottrina maggioritarie, a partire da CHIOVENDA Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 928, CARNELUTTI Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 314, BETTI Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 598, PUGLIESE Giovanni, *Giudicato civile*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1968, p. 825, sostengono, nell'eventualità di due pronunzie non più impugnabili, la prevalenza del giudicato intervenuto per secondo sul giudicato intervenuto per primo: ciò sulla base della considerazione secondo la quale se il legislatore avesse inteso disciplinare la fattispecie accordando la prevalenza alla pronunzia intervenuta per prima avrebbe dovuto costruire il motivo di revocazione per contrarietà a precedente giudicato non come motivo di impugnazione ordinaria, bensì come motivo di impugnazione straordinaria, cioè prevedendone la proponibilità anche oltre il termine di cui all'art. 327, I comma, c.p.c.; nella scelta del legislatore, al contrario, una volta trascorso il termine utile ai fini dell'impugnazione della pronunzia intervenuta per seconda, la nullità della stessa è da considerarsi sanata e pertanto prevalente sulla pronunzia intervenuta per prima. *Contra*, l'autorevole opinione di ATTARDI Aldo, *Diritto processuale civile*, I, Parte Generale, Padova, 1999, pp. 534-535, il quale affermava la prevalenza del giudicato intervenuto per primo sul giudicato intervenuto per secondo, muovendo dalla considerazione secondo cui "l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto, secondo quanto dispone l'art. 2909 e questo conferma che l'accertamento resiste al sopravvenire di un accertamento con esso contrastante. Non si comprenderebbe, invero, perché il giudicato, che non può essere intaccato anche se sopravvenga una decisione della Corte Costituzionale che dichiari l'illegittimità della volontà di Legge che il giudice ha applicato nel caso concreto e pure in caso di ius superveniens, debba cedere il passo ad un successivo giudicato che con esso confliga. Certo sarebbe una petizione di principio giustificare la prevalenza del

– la quale stabilisce che, in presenza di due pronunzie valide ed efficaci sulla medesima lite, la seconda pronunzia prevalga sulla prima e si ponga come futura fonte del regolamento della situazione giuridica accertata – risultavano altresì praticabili nell’eventualità in cui non si fossero evitate due pronunce contrastanti sul medesimo oggetto.

2. Gli inquadramenti giurisprudenziali e dottrinali dei rapporti giudice-arbitro nella vigenza del sistema c.d. delle “vie parallele”.

A motivo della asserita equivalenza funzionale tra il sistema di tutela ordinario e la giustizia arbitrale e della affermata funzione sostitutiva che i poteri decisorii degli arbitri svolgevano con riguardo ai poteri del giudice ordinario ⁽⁴⁴⁾ – poiché la decisione arbitrale, una volta resa

secondo accertamento con il fatto che l’accertamento fa stato ad ogni effetto: si dovrebbe, invero, prima dimostrare – e non lo si può – che ciò non valga anche per l’accertamento precedente. In mancanza di una contraria previsione è, perciò, il primo, e non il secondo giudicato, che prevale”.

⁽⁴⁴⁾ Così testualmente, Cass. Civ., S.U., 7 febbraio 1987 n. 1303, in *Archivio civile*, 1987, p. 498; nel medesimo senso anche Cass. Civ., S.U. 2 aprile 1984 n. 2149, in *Foro italiano*, Rep. 1984, voce *Giurisdizione civile*, n. 138. In Cass. Civ., 4 luglio 1981 n. 4360 (parte motiva), con osservazioni di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 1981, I, 1860, si Legge: “La funzione sostitutiva risponde allo specifico compito dell’attuazione della Legge (salvo il potere di decidere secondo equità che le parti possono conferire loro [agli arbitri ndr]) e, pur se l’arbitro non è investito di poteri esecutivi permanenti come il giudice togato, la pronunzia con la quale si chiude il giudizio, dopo che la parte ha ottenuto l’*exequatur* del pretore, assume i caratteri propri della pubblica funzione sin dal momento in cui essa è data, mantenendo integri la sua efficacia esecutiva e il suo carattere pubblicistico, coronato dall’autorità di cosa giudicata, fino a quando non sia annullata per la constatata presenza dei vizi previsti dalla Legge”; di conseguenza, la questione della devoluzione di una controversia alla cognizione arbitrale ovvero a quella

esecutiva dal Pretore mediante il procedimento di omologazione, equivaleva, finché non ne fosse pronunciato l'annullamento in sede di impugnazione per nullità, ad una sentenza esecutiva resa dall'autorità giudiziaria ordinaria – l'unanime e tradizionale giurisprudenza ^(45,46), sino alla Riforma attuata con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25, ossia sino a che era indiscusso, in giurisprudenza, il sistema c.d. delle "vie parallele", ricostruiva le relazioni intercorrenti fra giudici ordinari ed arbitri secondo

dell'autorità giudiziaria ordinaria si pone come di competenza, in quanto *"se è vero che questa attiene alla ripartizione della potestà giurisdizionale fra organi dell'autorità giudiziaria, tuttavia la funzione dell'arbitro si pone accanto a quella del giudice come sostitutiva di essa"*.

⁽⁴⁵⁾ Tra le altre, Cass. Civ., 20 maggio 1997 n. 4474, in *Foro italiano*, Rep. 1997, voce *Arbitrato*, n. 159; Cass. Civ., 21 giugno 1995 n. 7013; Cass. Civ., 29 ottobre 1991 n. 11460 (in motivazione), in *Foro italiano*, 1992, I, 75; Cass. Civ., 23 gennaio 1990 n. 354 (in motivazione), in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, pp. 79 e ss.; Cass. Civ., 29 luglio 1987 n. 6556; Cass. Civ., 7 febbraio 1987 n. 1303; Cass. Civ., 9 dicembre 1986 n. 7315; Cass. Civ., 9 aprile 1986 n. 2469; Cass. Civ., 17 aprile 1985 n. 2537; Cass. Civ., 2 aprile 1984 n. 2149; Cass. Civ., 30 marzo 1983 n. 2321; Cass. Civ., 25 ottobre 1982 n. 5568, in *Giustizia civile*, 1983, I, pp. 1228 e ss.; la già citata Cass. Civ., 4 luglio 1981 n. 4360 (in motivazione), con osservazioni di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 1981, I, 1860; Cass. Civ. 13 giugno 1980 n. 242; Cass. Civ., 12 maggio 1979 n. 2725 (in motivazione), in *Foro italiano*, 1979, I, pp. 1117 e ss.; Cass. Civ., 11 marzo 1977 n. 990; Cass. Civ., 19 dicembre 1975 n. 4189; Cass. Civ., 10 gennaio 1974 n. 69.

⁽⁴⁶⁾ Invero anche parte della dottrina aveva ritenuto di aderire all'impostazione giurisprudenziale che inquadrava in termini di competenza le relazioni tra la giurisdizione civile ordinaria e l'arbitrato, vuoi motivandone autonomamente la presunta correttezza, vuoi dando atto dell'impossibilità di operare altrimenti in un sistema positivo che non lasciava spazio ad opinioni diversificate. Si vedano al riguardo VECCHIONE Renato, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 318 e ss.; SCHIZZEROTTO Gianni, *Sulla qualificazione giuridica dell'eccezione di compromesso*, in *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 1, pp. 1623 e ss. ed in *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova, 1969, p. 183; LEVONI Alberto, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, pp. 134 e ss. e RUBINO SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994, p. 178.

gli ordinari canoni della competenza ⁽⁴⁷⁾ in senso tecnico: con la immediata conseguenza che – si affermava – lo stabilire se una controversia appartenesse alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configurava come questione di competenza, e lo stabilire se una controversia appartenesse alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario – e, in tale ambito ⁽⁴⁸⁾, a quella sostitutiva degli arbitri rituali – ovvero a quella del giudice amministrativo configurava, invece, una questione di giurisdizione ⁽⁴⁹⁾.

L'istituto arbitrale dunque – sulla base della tesi c.d. del “convogliamento” dell'arbitrato nell'ambito del giudizio ordinario ⁽⁵⁰⁾, mediante il giudizio di impugnazione del lodo per nullità *ex art. 827 c.p.c.*, e mediante il controllo giurisdizionale della decisione arbitrale

⁽⁴⁷⁾ Pur se, secondo la antica e classica definizione di CHIOVENDA Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, p. 105, la competenza è la “misura della giurisdizione”, cioè la frazione di giurisdizione che in concreto spetta *ad un determinato giudice* con riferimento ad una ben individuata controversia.

⁽⁴⁸⁾ Così la già citata Cass. Civ., 7 febbraio 1987 n. 1303, la quale affermava che “*Il rapporto dedotto in giudizio [...] resta [...] un rapporto di carattere esclusivamente privatistico, sì che rispetto ad esso non può prospettarsi un problema di giurisdizione, che si profila invece allorché si tratti di verificare l'appartenenza della causa, per la materia controversa, alla sfera di attribuzione del giudice ordinario o di quello amministrativo*”.

⁽⁴⁹⁾ Non era infatti possibile devolvere alla cognizione arbitrale una controversia sulla quale il giudice ordinario non avesse giurisdizione, per essere questa attribuita al giudice amministrativo; così la già citata Cass. Civ., 4 luglio 1981 n. 4360 nella cui parte motiva si Legge : “*La questione se la controversia, devoluta agli arbitri, appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario (o a quella sostitutiva degli arbitri) ovvero a quella del giudice amministrativo, pone una questione di giurisdizione, che si ripercuote sulla stessa validità del compromesso e della clausola compromissoria, poiché al giudizio arbitrale non sono compromettibili le controversie sulle quali il giudice ordinario non abbia giurisdizione*”.

⁽⁵⁰⁾ Così la già citata Cass. Civ., 20 maggio 1997 n. 4474, in *Foro italiano*, Rep. 1997, voce *Arbitrato*, n. 159.

medesima in sede di omologazione della stessa *ex art.* 825 c.p.c. – risultava inserito – ed al contempo alternativo – nella ordinaria giurisdizione civile (^{51,52}).

Coerentemente con l'impostazione anzidetta ed in forza delle riferite motivazioni, che sorreggevano la configurazione dei rapporti fra giudici ordinari ed arbitri in termini di competenza, la giurisprudenza del tempo desunse dalla applicazione in via analogica della disciplina dell'eccezione di incompetenza per territorio derogabile di cui all'art. 38, II comma, c.p.c. il regime applicabile all'eccezione con cui fosse dedotta in giudizio l'esistenza di una convenzione di arbitrato: la quale dunque – per effetto della anzidetta assimilazione – diveniva soggetta alla preclusione che stabiliva l'onere della sua proposizione, a cura della parte interessata, nella prima difesa nel corso del giudizio di merito (^{53,54}).

(⁵¹) ACONTE Modestino, in *Arbitrato e competenza*, *Rivista dell'arbitrato*, 1996, pp. 239 e ss. affermava come la giurisprudenza avesse posto “*il rapporto arbitri rituali – giudice civile all'interno della giurisdizione ordinaria anche fuori da una consapevole ricostruzione dell'arbitrato rituale come processo giurisdizionale*”.

(⁵²) Dissentivano da una tale impostazione, LEPRI Fabio, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale e applicazione dell'art. 39, I comma, c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, 2, pp. 376 e ss. il quale affermava che “*Non sembra dubbio che la devoluzione di una lite agli arbitri, anziché all'autorità giudiziaria, non può ricondursi al quel criterio di «legittimazione interno all'ordine giudiziario» nel quale si risolve la competenza, né tantomeno i giudicanti nell'arbitrato possono in qualche modo collocarsi nell'ordine giudiziario, soprattutto dopo che la novella del '94, come rilevato da autorevole dottrina, ha assimilato gli effetti del lodo a quelli della sentenza ed ha reso quindi «insostenibile la tesi della cooperazione degli arbitri alla formazione della fattispecie complessa sentenza arbitrale», determinando la definitiva caducazione del «fondamento sistematico, ex art. 1 c.p.c., del riconoscimento all'attività degli arbitri della natura di esercizio della giurisdizione civile»*”. Così anche VACCARELLA Romano, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, in *Giustizia civile*, 1997, pp. 267 e ss.

La descritta costruzione giurisprudenziale non passò tuttavia indenne al vaglio critico della migliore dottrina, la quale ebbe modo di rilevarne le non poche incongruenze.

Venne in proposito posto in evidenza come – nonostante la identità di natura tra le questioni prospettate e decise, entrambe riconducibili direttamente o indirettamente nell'alveo della competenza, e rimanendo l'eccezione di patto compromissorio rituale *“pur nella diversità di disciplina processuale sempre la stessa, sia che venga formulata dinanzi al giudice ordinario, sia che venga proposta dinanzi agli arbitri”* ⁽⁵⁵⁾ – sul versante del procedimento arbitrale, alla parte che avesse inteso contestare l'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti dai limiti del

⁽⁵³⁾ In questo senso una giurisprudenza pacifica e risalente, per la quale si vedano le note ^(32,33) del Paragrafo precedente.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso della proponibilità, anche in via subordinata, della eccezione di incompetenza del giudice ordinario a motivo di un accordo compromissorio, Cass. Civ., 8 febbraio 1986 n. 792, in *Foro italiano*, Rep. 1986, voce *Competenza civile*, n. 98; Cass. Civ., 3 febbraio 1976 n. 348, in *Foro italiano*, Rep. 1976, voce *Competenza civile*, n. 146; nel senso della non proponibilità della anzidetta eccezione per la prima volta durante il giudizio presso la Corte di Cassazione, Cass. Civ., 24 marzo 1969 n. 950, in *Foro italiano*, Rep. 1969, voce *Competenza civile*, n. 98; Cass. Civ., 30 gennaio 1968 n. 299, in *Foro italiano*, Rep. 1968, voce *Competenza civile*, n. 317; per il caso in cui il consenso alla risoluzione della controversia mediante arbitrato rituale si fosse perfezionato in un momento successivo al deposito della prima difesa durante il giudizio di merito, la giurisprudenza ammetteva la proponibilità della relativa eccezione anche in un tempo successivo, purché tuttavia non oltre l'udienza di precisazione delle conclusioni: in questo senso, Cass. Civ., 21 ottobre 1969 n. 3445, con osservazioni di PEZZANO Giancarlo, in *Foro italiano*, 1970, I, 1200. *Contra*, CECHELLA Claudio, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 74, il quale affermava l'impossibilità di un coordinamento fra l'impostazione giurisprudenziale che consentiva la proponibilità dell'eccezione di patto compromissorio fino all'udienza di precisazione delle conclusioni e la asserita assimilazione dell'eccezione di patto compromissorio all'eccezione di incompetenza per territorio derogabile, poiché la tale assimilazione avrebbe dovuto consentire la formulazione dell'eccezione *de qua* anche in un momento successivo all'udienza di rimessione al collegio, purché fosse proposta però nel primo atto difensivo successivo.

⁽⁵⁵⁾ Così ACONE Modestino, *Arbitrato e competenza*, *ivi* p. 243.

compromesso o della clausola compromissoria era consentito sollevare la relativa eccezione soggiacendo ad un termine preclusivo ben più dilatato, pari allo *spatium temporis* dell'intero procedimento arbitrale, così come prescritto dalla disposizione contenuta all'art. 817 c.p.c., nella formulazione a quel tempo in vigore.

Del pari, veniva da più parti ⁽⁵⁶⁾ evidenziata l'irragionevolezza della non praticabilità dell'impugnazione mediante regolamento di competenza della decisione arbitrale statuente sulla competenza degli arbitri medesimi – e la esclusiva contestabilità della stessa mediante la proposizione delle impugnative enumerate dall'art. 827 c.p.c., ossia l'impugnazione per nullità, la revocazione e l'opposizione di terzo ⁽⁵⁷⁾ – quando invece la statuizione del giudice ordinario, affermativa o declinatoria della propria competenza – ed altresì la sentenza resa in sede di impugnazione per nullità dichiarativa della nullità del lodo per incompetenza degli arbitri ⁽⁵⁸⁾ – risultava pacificamente impugnabile mediante il regolamento di competenza ⁽⁵⁹⁾, e la mancata proposizione

⁽⁵⁶⁾ In questo senso ACONTE Modestino, *Arbitrato e competenza*, ivi pp. 259 e ss. (per una trattazione più estesa, ci permettiamo di rinviare al Par. 1, nota ⁽³⁷⁾). Il presente rilievo veniva mosso anche da DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, pp. 182 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Nel senso invece del convogliamento, nell'ambito del processo arbitrale, delle questioni di competenza nell'alveo dell'impugnazione per nullità, LUISO Francesco Paolo, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, pp. 14 e ss. e RUBINO SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994, pp. 514 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Per l'indicazione della giurisprudenza orientata in tal senso, ci permettiamo di rinviare al Par. 1, nota ⁽³⁸⁾.

⁽⁵⁹⁾ Contrario a questa impostazione BOVE Mauro, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 247 e ss., il quale escludeva l'impugnabilità della pronuncia resa dal giudice ordinario sull'eccezione di patto compromissorio mediante regolamento di competenza. L'Autore

dello stesso era idonea a coprire con il giudicato formale la statuizione medesima.

Inoltre, giova in questa sede ricordare come un orientamento giurisprudenziale consolidato ⁽⁶⁰⁾ – che pur si muoveva nell’ambito della qualificazione dei rapporti fra giudice ordinario ed arbitri in termini di competenza – escludesse ogni forma di trasmigrazione della controversia tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato e viceversa – come sarebbe apparso naturale, muovendo dalle anzidette premesse – di talché la pronuncia emessa in sede di regolamento di competenza, affermativa della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri o al giudice ordinario, non sarebbe stata idonea a dar luogo alla riassunzione del giudizio presso l’organo giudicante individuato competente – nei termini fissati dall’art. 50 c.p.c. a pena di estinzione del procedimento medesimo – con la conseguenza che era bensì consentito alle parti instaurare il nuovo giudizio in un qualsiasi altro momento successivo, ma sempre tenendo a

afferitava in proposito che l’assimilazione dell’eccezione di patto compromissorio all’eccezione di incompetenza per territorio derogabile, disciplinata all’art. 38, comma II, c.p.c., pur rappresentando *“una scelta sul piano pratico certamente ragionevole, perché da essa discende l’utilizzabilità di un regime processuale ragionevole”*, non consentiva tuttavia l’applicazione di altri istituti legati al rilievo dell’incompetenza, come l’impugnazione mediante regolamento di competenza. Argomentava in proposito l’Autore: *“Invero, tale ragionamento, che pur la nostra Corte di cassazione ha sempre ritenuto coerente ed accolto in modo quasi automatico, non è affatto ineluttabile. Perché, applicare in via analogica ad un fenomeno, sprovvisto di un’esplicita disciplina giuridica, la disciplina giuridica di altro fenomeno significa cogliere una somiglianza, ma non comporta perdere di vista la diversità delle entità. Ed, allora, applicare all’eccezione di patto compromissorio la disciplina che il legislatore ha dettato per l’eccezione di incompetenza non significa sovrapporre l’arbitrato alla competenza e, quindi, concludere che la sentenza di rigetto in rito, per l’avvenuta scelta della giustizia arbitrale, sia una sentenza di incompetenza”*.

⁽⁶⁰⁾ Per l’indicazione della giurisprudenza orientata in tal senso e per le osservazioni critiche sul punto formulate dalla dottrina, ci permettiamo di rinviare al Par. 1, note ^(34,35).

mente il rischio del possibile perfezionarsi della prescrizione (e specie della decadenza) delle situazioni giuridiche in contesa.

La dottrina ebbe modo di porre in evidenza anche – e soprattutto – come una ricostruzione dei rapporti in esame in termini di competenza si rivelasse “*impropria e priva di reale fondamento sistematico*” ⁽⁶¹⁾, argomentando sulla base di una serie concorrente di considerazioni che appare necessario passare in rassegna.

Un primo innegabile ostacolo alla configurazione in termini di competenza della relazione intercorrente tra arbitrato e giurisdizione ordinaria era costituito dalla previsione di cui all’art. 819 c.p.c., il quale, nella formulazione allora in vigore, poneva agli arbitri il divieto di pronunciarsi, anche solo *incidenter tantum*, su questioni attinenti a controversie che per Legge non potevano formare oggetto di arbitrato: se davvero si fosse voluto accedere alla tesi secondo cui le relazioni arbitro/giudice sarebbero state inquadrabili nello schema della competenza, si sarebbe dovuto riconoscere anche agli arbitri – e non solo ai giudici togati – il potere di conoscere e risolvere, seppur meramente in maniera logico – intellettuale, qualsiasi genere di questioni, anche attinenti a controversie che per espressa disposizione normativa esulavano dalla loro conoscibilità e trattazione ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Secondo la definizione di DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 371, al quale sono da attribuirsi le considerazioni che seguono nel testo. Nel medesimo senso anche DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*, op. cit., p. 188, il quale affermava che “*La apparente «monoliticità» del principio che risolve in termini di competenza il rapporto fra autorità giudiziaria ordinaria ed arbitri sembra mostrare, qua e là, qualche crepa*”.

⁽⁶²⁾ Ad una tale considerazione si contrapponeva LUISO Francesco Paolo, *Appunti di diritto processuale civile, I processi speciali*, Pisa, 1994, pp. 304 e ss., secondo il quale il divieto espresso dall’art. 819 c.p.c. non sarebbe stato di ostacolo ad una

Del pari, un secondo ma non meno rilevante ostacolo alla condivisibilità della tesi giurisprudenziale in esame era da rinvenire nell'inammissibilità della proposizione innanzi agli arbitri – a differenza di quanto avveniva, ed avviene tuttora, nel processo ordinario, in cui la proposizione di una domanda di accertamento incidentale risulta sempre pacificamente ammissibile – di domande di accertamento incidentale che avessero ad oggetto rapporti pregiudiziali non contemplati dall'accordo compromissorio: anche questo rilievo dava infatti chiara conferma della impossibilità di inscrivere, allo stadio della normativa allora in vigore, i predetti rapporti nell'alveo della competenza ⁽⁶³⁾.

Ancora, nelle pieghe della disciplina positiva dettata dal legislatore in tema di accertamento incidentale necessario nel corso di un giudizio arbitrale, era rinvenibile un terzo segnale della inadeguatezza della tesi giurisprudenziale in esame: la necessità di un accertamento

configurazione in termini di competenza delle relazioni tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, poiché – sosteneva l'autorevole Autore – l'esclusione della *incidentalis cognitio* ed il relativo obbligo di sospensione del giudizio arbitrale di cui all'art. 819 c.p.c. dovevano trovare applicazione solamente nel caso in cui in concreto risultasse pendente, innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, un giudizio concernente la questione pregiudiziale per Legge sottratta alla conoscibilità arbitrale. Nel caso in cui invece un tale ulteriore giudizio innanzi al giudice ordinario non fosse stato instaurato, il divieto non sarebbe stato operante, ben potendo dunque gli arbitri conoscere e risolvere anche le questioni pregiudiziali non suscettibili di costituire oggetto di arbitrato. Si obiettava peraltro all'autorevole Autore che una tale limitazione, disposta dall'art. 819 c.p.c. ai poteri conoscitivi e decisorî degli arbitri, sia che la si intendesse nel suo senso più lato – tale cioè da essere applicata in tutti i casi di mera insorgenza di una *quaestio praejudicialis* sottratta dalla Legge alla cognizione arbitrale – sia che la si interpretasse nel senso più restrittivo anzidetto, costituiva pur sempre un impedimento al riferimento dei rapporti predetti al concetto ordinario di competenza, “*non essendo mai quest'ultimo in sé limitativo della mera trattazione e cognizione di questioni*”: così DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 371 e ss.
⁽⁶³⁾ In questo senso DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, *ibidem*.

incidentale, palesatasi durante un giudizio dinanzi ad arbitri, avrebbe comportato – difformemente al caso in cui la anzidetta eventualità si fosse verificata in sede ordinaria, per la quale si sarebbe data applicazione del dettato normativo dell'art. 34 c.p.c., che disponeva la trattazione necessariamente congiunta di entrambe le cause, pregiudiziale e dipendente presso l'organo giudiziario adito, ovvero, previa rimessione, a quello dotato di competenza superiore – la necessaria instaurazione di un giudizio ordinario avente ad oggetto la questione pregiudiziale, ed al contempo la sospensione del giudizio arbitrale – ormai avente ad oggetto la sola causa dipendente – in attesa della definizione del giudizio ordinario pregiudiziale.

In aggiunta a tali rilievi, appare necessario far menzione anche della già esaminata tesi – elaborata dalla quella stessa giurisprudenza che aveva qualificato in termini di competenza la relazione tra giurisdizione ordinaria ed arbitri – della *vis attractiva* del foro statale ⁽⁶⁴⁾, ossia la dottrina dell'assorbimento della *potestas iudicandi* arbitrale in quella ordinaria, nell'ipotesi di due controversie tra loro legate da un vincolo di connessione e contemporaneamente pendenti, l'una dinanzi alla magistratura statale, l'altra dinanzi agli arbitri. Oltre alle già descritte perplessità che la predetta teoria aveva suscitato in dottrina ⁽⁶⁵⁾, v'è in proposito da aggiungere quella che risulta più pertinente ai fini della presente analisi: fu infatti considerato ⁽⁶⁶⁾ che l'orientamento giurisprudenziale in esame – il quale attribuiva in ogni caso la

⁽⁶⁴⁾ Per una descrizione del fenomeno della teoria della *vis attractiva* ci permettiamo di rinviare al Par. 1.

⁽⁶⁵⁾ Per le quali si veda *supra*, al Par. 1.

⁽⁶⁶⁾ DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 377 e ss.

preminenza al giudizio ordinario, anche quando costituisse la sede del giudizio connesso, accessorio, o in garanzia, su quello arbitrale – mal si conciliava con la dogmatica della ricostruzione dei rapporti fra giudici ordinari ed arbitri in termini di competenza. Invero, se le relazioni anzidette fossero state configurabili nello schema cui la giurisprudenza faceva riferimento, non soltanto si sarebbe dovuto ammettere di ricomprendere l'arbitrato nella giurisdizione ordinaria ⁽⁶⁷⁾, ma anche sarebbe sembrato doveroso applicare l'intera normativa ordinaria disciplinante le ipotesi di modificazione della competenza per ragioni di connessione, dettata dal Codice di rito. Pertanto, a motivo di tali considerazioni, si sarebbe giunti all'esclusione del predominio incondizionato del giudizio ordinario su quello arbitrale, per ammettere persino la possibile attrazione dell'intera *res iudicanda* alla cognizione degli arbitri, giustificando di volta in volta, mediante l'applicazione delle regole ordinarie, la prevalenza talora della sede ordinaria, talora della sede arbitrale ⁽⁶⁸⁾. Tuttavia, occorre considerare come, anche assegnando

⁽⁶⁷⁾ Ciò che la giurisprudenza effettivamente aveva compiuto (si veda sul punto la già citata Cass. Civ., 4 luglio 1981 n. 4360 (in motivazione), con osservazioni di BARONE Carlo Maria, in *Foro italiano*, 1981, I, 1860), riconoscendo la funzione sostitutiva che i poteri decisorii degli arbitri svolgevano con riguardo ai poteri del giudice ordinario e riportandosi alla già menzionata tesi c.d. del "convogliamento" dell'arbitrato nell'ambito del giudizio ordinario (così la già citata Cass. Civ., 20 maggio 1997 n. 4474, in *Foro italiano*, *Rep.* 1997, voce *Arbitrato*, n. 159), pur spesso volte limitandosi ad addurre la necessità di evitare, in relazione a domande e questioni connesse, una trattazione separata da parte di più organi giurisdizionali (in tal senso Cass. Civ., 28 febbraio 1964 n. 458).

⁽⁶⁸⁾ Un'autorevole dottrina ebbe modo di rilevare, tuttavia, la impossibilità dell'applicazione dell'intera normativa sulle modificazioni della competenza per ragioni di connessione ai rapporti intercorrenti fra giurisdizione ordinaria ed arbitrato. In proposito v. LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, op. cit., pp. 471-473, già estesamente citata al Par. 1, nota ⁽²²⁾.

al fenomeno arbitrale valenza giurisdizionale, a motivo della presenza di un accordo compromissorio – il quale di regola paralizza la competenza giudiziale nelle materie da esso contemplate, e di converso esclude dalla cognizione arbitrale ogni domanda o questione non in esso ricomprese – il richiamo al canone generale della competenza non sarebbe apparso appropriato ⁽⁶⁹⁾, dal momento che la trattazione congiunta delle cause connesse sarebbe stata in ogni caso ostacolata dalle limitazioni che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, avevano posto all'estensione oggettiva (ed ancor più, soggettiva) della convenzione di arbitrato.

Parimenti, del resto, anche la soluzione codicistica introdotta mediante la Novella attuata con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25, che stabilì – all'art. 819 *bis* del Codice di rito – la regola della reciproca indipendenza ed autonomia dei due giudizi, arbitrale ed ordinario legati tra loro da un vincolo di connessione, sembrava confliggere con la summenzionata sussunzione giurisprudenziale delle relazioni fra arbitri e giudici ordinari in termini di competenza ⁽⁷⁰⁾. Il concetto tecnico di competenza infatti,

⁽⁶⁹⁾ In questo senso LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, op. cit., pp. 470 e ss., già menzionata al Par. 1, nota ⁽²¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ Concorde con tale considerazione, PUNZI Carmine, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 331 e ss., spec. p. 341, il quale negava la configurabilità dei rapporti fra giudici ed arbitri in termini di competenza ed altresì affermava che “*le parti, con la stipulazione del patto compromissorio esercitano un'opzione tra la tutela giurisdizionale assicurata con l'intervento dei giudici dello Stato e la soluzione della controversia secondo il dictum degli arbitri o, se si vuole, usare la terminologia di Redenti, tra diversi modi di esercizio dell'azione e conseguente interdizione dell'iter volontariamente abbandonato fino a quando è percorribile l'iter a favore del quale l'opzione è stata esercitata*”. Favorevole invece ad una ricostruzione dei rapporti fra giudici ed arbitri in chiave di competenza, proprio muovendo dall'analisi della normativa in materia di connessione di cause introdotta dalla novella di cui alla Legge 5 gennaio 1994 n. 25, LA CHINA Sergio, *L'arbitrato, il sistema e*

non esclude categoricamente l'accorpamento di più cause, ossia il cumulo in un'unica sede di cause legate da un vincolo di connessione: al contrario, la trattazione congiunta è espressamente disposta dalla Legge, pur se in specifiche e ben determinate ipotesi ⁽⁷¹⁾.

Inoltre, ad opporsi ad una configurazione in termini di competenza delle relazioni fra arbitri e giudici ordinari v'era, in dottrina, la considerazione secondo la quale tra la competenza in senso tecnico e la competenza arbitrale intercorresse una sostanziale differenza: la competenza arbitrale non era ritenuta infatti possedere una precisa, astratta configurazione, non era ritenuta individuabile *a priori*, secondo canoni oggettivi ed astratti applicabili ad ogni fattispecie – caratteri questi propri invece della competenza in senso tecnico – bensì era variabile e dipendente dalla volontà delle parti, estrinsecata di volta in volta in un accordo

l'esperienza, Milano, 1999, pp. 100 e ss., per il quale l'art. 819 *bis* c.p.c. si ricollegerebbe proprio all'inquadramento giurisprudenziale suddetto, poiché rafforzerebbe la competenza dell'arbitro *“contro quella del giudice, al punto di rendere inoperante tra essi tutta la complessa materia della connessione, con i vistosi e complicati spostamenti di competenza che ne conseguirebbero”*.

⁽⁷¹⁾ In questo senso DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 391 e ss. il quale affermava inoltre che *“la radicale esclusione del cumulo potrebbe essere giustificata unicamente in presenza di due competenze ugualmente inderogabili, ciò che peraltro non si può sostenere si verifichi nei rapporti giudici/arbitri, non tanto in relazione alla competenza arbitrale, che paradossalmente riveste un grado di inderogabilità superiore, [...] quanto piuttosto con riferimento alla causa in ipotesi pendente avanti all'autorità giudiziaria ordinaria”*. Nel senso dell'incompatibilità della soluzione normativa introdotta all'art. 819 c.p.c. ad opera della Legge 5 gennaio 1994 n. 25 con la descritta riconduzione allo schema della competenza delle relazioni tra giudici ordinari ed arbitri, anche DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, op. cit., p. 204, il quale affermava che *“ove il legislatore avesse voluto inserire pronunzia arbitrale e sentenza del giudice ordinario in un medesimo contesto giurisdizionale avrebbe dovuto probabilmente richiamare l'applicabilità delle regole processuali in materia di connessione e stabilire la vis attrattiva della competenza dell'uno o dell'altro «giudice» in base ai criteri comuni di cui agli artt. 34 e ss. c.p.c.”*.

compromissorio concreto ⁽⁷²⁾. Di qui la impossibilità di assimilarle, ricostruendo nei termini anzidetti le relazioni fra giudici ed arbitri.

La dottrina rilevava altresì come, volendo accedere all'orientamento giurisprudenziale della ricostruzione in termini di competenza dei rapporti fra giurisdizione ordinaria ed arbitri, e ammettendo la compromettibilità in arbitri di materie oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁽⁷³⁾ – rendendosi dunque applicabile la disciplina di cui agli art. 806 e ss. c.p.c. – si sarebbe giunti ad ammettere che il rapporto fra arbitri e giudici doveva essere regolato con riferimento alla giurisdizione amministrativa e non a quella ordinaria, con l'ovvia – ma paradossale – conseguenza che collegi arbitrali, costituiti sulla base delle medesime norme, avrebbero partecipato, a

⁽⁷²⁾ In questo senso DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 393-394.

⁽⁷³⁾ Contrariamente a ciò che riteneva la giurisprudenza del tempo, (anteriormente, com'è ovvio, all'entrata in vigore dell'art. 6, comma II, della Legge 21 luglio 2000 n. 205) per la quale si vedano Cass. Civ., 10 novembre 1994 n. 9356, in *Foro italiano*, Rep. 1994, voce *Concessioni amministrative*, n. 18 e in *Giustizia civile*, 1995, I, pp. 733 e ss.; Cass. Civ., 3 dicembre 1991 n. 12966, in *Foro italiano*, 1993, I, 3367 e in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, pp. 439 e ss., con nota di MIRABELLI Giuseppe, *Arbitrato e concessioni di opere pubbliche*; Cass. Civ., 11 aprile 1990 n. 3075; Cass. Civ., 24 aprile 1987 n. 3992; Cass. Civ., 24 aprile 1987 n. 3990; Cass. Civ., 9 aprile 1987 n. 3490. Nel senso opposto si poneva DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra arbitro e giudice*, op. cit., pp. 193 e ss., il quale poneva in evidenza come della esclusione della compromettibilità in arbitri delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non vi fosse traccia alcuna nella disciplina codicistica, la quale al contrario escludeva dalla compromettibilità in arbitri solamente le situazioni giuridiche soggettive indisponibili, rilevando inoltre – sulla scorta di considerazioni già proprie di DOMENICHELLI Vittorio, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1996, pp. 236 e ss. – che “la disponibilità del diritto non può discendere da regole sulla giurisdizione, ma solo dalle norme sostanziali che lo disciplinano”. I medesimi rilievi venivano operati anche da FAZZALARI Elio, *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, pp. 453 e ss.

seconda della materia oggetto della lite, di due diverse giurisdizioni, ordinaria ovvero amministrativa ⁽⁷⁴⁾.

La dottrina del tempo ⁽⁷⁵⁾, dal canto suo, non si limitò ad una semplice confutazione degli assunti propri della tesi giurisprudenziale anzidetta, confinando le proprie sollecitazioni ad una sterile *pars destruens*, bensì si fece portatrice di un ruolo attivo, formulando nuove e diverse opzioni ricostruttive delle relazioni intercorrenti tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato, maggiormente idonee ad una coerente sistematizzazione della questione in esame.

Si era in proposito sostenuta la tesi della maggiore convenienza, sul piano sistematico, dell'assimilazione dell'eccezione di patto compromissorio rituale – fino ad allora configurata dalla giurisprudenza come eccezione di incompetenza per territorio derogabile, cui era applicato il regime giuridico risultante dall'art. 38, comma II, c.p.c. – ad un'altra eccezione processuale impediente, ossia l'eccezione di difetto di giurisdizione internazionale ^(76,77), la cui disciplina giuridica era dettata

⁽⁷⁴⁾ In questo senso DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, op. cit., pp. 193 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Specialmente BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 506 e ss.; *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, pp. 409 e ss.; *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, op. cit., pp. 247 e ss. e DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit.

⁽⁷⁶⁾ In tal senso BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, pp. 506 e ss.; *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, pp. 409 e ss.; *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, pp. 247 e ss. opp. citt.

⁽⁷⁷⁾ Venne altresì avanzata in dottrina, da BOVE Mauro, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, *ivi*, pp. 257-258, l'idea della utilizzabilità, in via di interpretazione analogica, del regime dell'eccezione di clausola di conciliazione – disciplinato esplicitamente dal legislatore con il D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, all'art. 40, comma VI, oggi sostituito dal D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 – al fine di fornire la eccezione di patto compromissorio di una disciplina giuridica relativa

dal combinato disposto degli artt. 4, comma I, e 11 ⁽⁷⁸⁾ della Legge 31 maggio 1995 n. 218, di *“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”*. L’eccezione in parola, a parere della dottrina di cui ora si fa menzione, risultava più appropriata alle esigenze del sistema normativo allora in vigore, in ragione dell’impossibilità dell’iscrizione dell’attività degli arbitri nella ordinaria giurisdizione civile esercitata dalla pubblica amministrazione giudiziaria, a motivo della loro asserita natura di “giudici privati” ⁽⁷⁹⁾. I rapporti fra giurisdizione ordinaria ed

alla sua rilevabilità. La disciplina normativa della clausola di conciliazione prevedeva che *“Qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell’istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto [...]”*. Affermava il propositore l’Autore: *“Se il problema che vogliamo risolvere è solo quello, squisitamente pratico, di stabilire chi e fino a quando, in un processo statale, può rilevare l’eccezione di patto compromissorio, io credo che [...] si possa trovare un accordo utile alla prassi, senza che si debbano mettere in campo concezioni fondamentali sull’arbitrato”*.

⁽⁷⁸⁾ Contra, DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., p. 430 e ss., il quale, contrariamente a quanto sostenuto da LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Milano, 1994, pp. 310-311, rilevava la manifesta contrarietà alla logica ed allo spirito dell’istituto arbitrale della possibilità che l’eccezione di patto compromissorio, almeno nell’ipotesi di contumacia del convenuto, secondo il regime dettato, in via di applicazione analogica, dalla disciplina di cui all’art. 11 della Legge 31 maggio 1995 n. 218, fosse rilevabile anche d’ufficio dal giudice, stante il carattere disponibile della stessa.

⁽⁷⁹⁾ Si riporta la tesi sostenuta da BOVE Mauro, *Sul regime dell’eccezione di patto compromissorio rituale*, op. cit., p. 255, che affermava: *“Se l’arbitro è solo un privato, che opera fuori della giurisdizione statale, a lui non è attribuita una quota di tale giurisdizione ed, allora, non si vede come potrebbero costruirsi i rapporti tra giudice pubblico e giudice privato in termini di competenza”*. L’Autore, *Arbitrato e litispendenza*, op. cit., p. 511, rilevava peraltro che *“l’arbitrato è un fenomeno giurisdizionale, ancorché privato, perché l’arbitro, [...], pronunciando [...] una sentenza privata di per sé efficace senza bisogno di alcun riconoscimento nella sfera dell’ordinamento statale, pur non essendo un’autorità giurisdizionale, è*

arbitri dovevano essere dunque inquadrati in uno schema affine a quello della giurisdizione internazionale ⁽⁸⁰⁾, anziché a quello della competenza ⁽⁸¹⁾.

Veniva del pari in rilievo un'altra disposizione, ugualmente contenuta nella Legge 31 maggio 1995 n. 218: l'art. 4, comma III, a mente del quale la deroga convenzionale alla giurisdizione italiana, in favore di una giurisdizione od arbitrato esteri, diveniva inefficace qualora il giudice o l'arbitro adito declinassero la propria giurisdizione ovvero non potessero comunque conoscere la causa ⁽⁸²⁾. Ritenendo applicabile tale

tuttavia un giudice, perché appunto compie un'attività oggettivamente giurisdizionale, [ed ndr] è difficile negare che i rapporti tra arbitro e giudice statale siano da regolare come rapporti appunto tra due giudici".

⁽⁸⁰⁾ Secondo la definizione coerenziatrice che ne dava BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza, (obiter dictum)*, op. cit., p. 512, ed *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 534 e ss, spec. p. 538, nota ⁽⁹⁾, per cui *"quella arbitrale e quella statale sono due giurisdizioni autonome, ma in relazione reciproca"*. L'Autore peraltro rammentava la necessità di tenere ben distinte, sul piano ontologico, le eccezioni di patto compromissorio e di difetto di giurisdizione, le quali, anche se assimilate sul piano della disciplina applicabile – per effetto dell'interpretazione analogica delle disposizioni richiamate –, rimanevano ben delineate nella loro diversa natura. Non era dunque consentito all'interprete trarre sul punto conclusioni applicative affrettate: specificamente, l'aver assimilato, quanto a regime giuridico applicabile, le due eccezioni, non significava qualificare come di difetto di giurisdizione l'eccezione di patto compromissorio; la decisione giudiziale sulla stessa, dunque, non sarebbe stata anticipabile mediante regolamento di giurisdizione, il quale sarebbe rimasto spendibile solamente in relazione a quelle specifiche questioni di giurisdizione enunciate dall'art. 37 c.p.c. L'Autore in proposito infatti ammoniva che *"applicare analogicamente ad un'eccezione la normativa relativa al rilievo di altra eccezione non significa annullare le differenze tra le questioni che, poi, si pongono nel processo"*. Così BOVE Mauro, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, op. cit., p. 256.

⁽⁸¹⁾ Nel senso di una collocazione dell'arbitrato al di fuori della giurisdizione statale, già REDENTI Enrico, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, p. 788.

⁽⁸²⁾ Secondo DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, op. cit., pp. 198-199, *"la norma*

disposizione – sempre in via di interpretazione analogica – ai rapporti intercorrenti tra la giurisdizione ordinaria e l'arbitrato avente sede nel territorio nazionale, ne sarebbe derivato che tutte le volte in cui gli arbitri avessero declinato la propria giurisdizione, il giudice ordinario sarebbe stato chiamato a decidere nel merito, qualora – com'è ovvio – non risultassero altri impedimenti di carattere processuale. In base alla descritta disciplina i rapporti fra le due giurisdizioni – arbitrale ed ordinaria – non sarebbero stati regolati dal meccanismo della *translatio iudicii*, ma la preservazione degli effetti sostanziali della notifica della domanda di arbitrato si sarebbe ugualmente compiuta, a cagione di una sorta di “*fungibilità tra atto introduttivo del processo giurisdizionale ed incipit del procedimento arbitrale*” ⁽⁸³⁾.

Inoltre, muovendo dal predetto assunto di partenza – cioè quello della ricostruibilità dei rapporti tra giudici ordinari ed arbitri secondo l'angolo visuale della giurisdizione – si argomentava la opportunità di applicare – sempre peraltro in via di interpretazione analogica – l'istituto della

sembra recepire l'orientamento prevalente nel sistema previgente, che sosteneva che il giudice italiano davanti al quale si fa valere il patto di deroga deve sempre compiere un'indagine sulla validità di tale patto alla stregua dell'ordinamento richiamato nel patto, al fine di verificare l'effettiva possibilità di esercizio della giurisdizione da parte del giudice straniero ed evitare il rischio che la causa non sia giudicata da alcun giudice. Il giudice italiano può, quindi, procedere ad autonoma valutazione dell'efficacia della deroga senza attendere la valutazione del giudice straniero o arbitro estero, e si spoglierà della giurisdizione soltanto all'esito positivo di tale valutazione. La norma della Legge 218 del 1995 prescrive, inoltre, che se sono i giudici stranieri o arbitri esteri a declinare la giurisdizione, la deroga risulta comunque inefficace nel nostro ordinamento, con possibilità di riproporre la domanda dinanzi al giudice interno, ancorché abbia in precedenza declinato la giurisdizione [...]”.

⁽⁸³⁾ In tal senso D'ALESSANDRO Elena, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 550 e ss., spec. p. 556.

litispendenza internazionale ⁽⁸⁴⁾, regolata all'art. 7 della Legge 31

⁽⁸⁴⁾ Superava le obiezioni della dottrina e della giurisprudenza, le quali tradizionalmente escludevano – sulla base dell'osservazione secondo cui sarebbe bastato agire in prevenzione in sede ordinaria per sottrarsi alla concordata volontà di devolvere la risoluzione della controversia al giudizio arbitrale – che si potesse applicare all'ipotesi di contemporanea pendenza di un giudizio ordinario e di un giudizio arbitrale l'istituto della litispendenza, BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, op. cit., p. 512, il quale controbatteva che, di converso e per le stesse ragioni, sarebbe stato sufficiente agire in prevenzione in sede arbitrale per ottenere l'applicazione di un accordo compromissorio magari non più esistente. Proseguiva l'Autore: “*si dice comunemente, se nei rapporti tra i due processi è spendibile l'eccezione di cosa giudicata, strumento rivolto ad evitare il conflitto tra giudicati, non è tuttavia spendibile l'eccezione di litispendenza, pur essendo anch'essa uno strumento rivolto ad evitare quel possibile conflitto, strumento che non è altro se non una sorta di eccezione di cosa giudicata anticipata. [...] Se un principio essenziale del sistema è quello di evitare giudicati contraddittori, non si vede perché non si potrebbe, anzi non si dovrebbe, regolare i rapporti tra processo statale e processo arbitrale sullo stesso oggetto in base all'istituto della litispendenza*”. *Contra*, DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 401 e ss., secondo il quale non sembrava corretta l'impostazione assunta da BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, *ibidem*, il quale riteneva che i principi generali contribuissero ad applicare ai rapporti in esame l'istituto della litispendenza. Argomentava infatti DANOVI che la pretesa riconduzione ai principi generali avrebbe dovuto fondarsi sulla preliminare riconducibilità dei rapporti fra giurisdizione ordinaria ed arbitrato o allo schema tecnico della competenza, o a quello della giurisdizione (entrambe le opzioni ricostruttive erano secondo DANOVI insostenibili alla luce dei principi e norme allora in vigore. La riconducibilità dei rapporti in esame allo schema della giurisdizione era in effetti sostenuta da BOVE, ma confutata dallo stesso DANOVI, *ibidem*). Ancora, sosteneva DANOVI, l'esigenza di evitare conflitti decisori tra arbitrato e giudizio ordinario non avrebbe potuto legittimare l'applicazione di rimedi di carattere preventivo, come l'istituto della litispendenza, semplicemente muovendo dalla constatazione dell'esistenza di rimedi di carattere successivo apprestati dalla Legge. Non appariva inoltre corretto muovere dalla premessa della equivalenza sul piano degli effetti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario per giungere ad ammettere l'operatività dell'istituto della litispendenza, a cagione del fatto che, contrariamente alla fattispecie prevista per la produzione dell'effetto impeditivo di cui all'art. 39, non vi sono mai, nei rapporti tra giudici ed arbitri due autorità ugualmente “*«competenti»*, [...], *costituendo invece la presenza di un valido accordo compromissorio di per sé conditio necessaria e sufficiente per l'inammissibilità dell'azione proposta in sede ordinaria*”. Pertanto, concludeva l'Autore, la regola del *ne bis in idem* doveva essere fatta rispettare in via preventiva imponendo per quanto possibile il rispetto della volontà delle parti – costituendo

maggio 1995 n. 218, alle ipotesi di contemporanea pendenza di un giudizio ordinario e di uno arbitrale fra stesse parti, concernenti un medesimo oggetto. Il regime giuridico applicabile all'ipotesi in esame sarebbe stato il seguente: l'organo giudicante adito per secondo – fosse questo il giudice ordinario o il collegio arbitrale – avrebbe dovuto disporre la sospensione del processo innanzi a lui instaurato solo previa valutazione positiva, peraltro di carattere sommario, sulla competenza dell'organo giudicante preventivamente adito. Il procedimento instaurato per secondo sarebbe invece proseguito nell'eventualità in cui la valutazione sommaria sulla competenza dell'organo giudicante preventivamente adito fosse pervenuta a risultati di carattere negativo ⁽⁸⁵⁾.

Invero, nemmeno l'opzione ricostruttiva delle relazioni intercorrenti tra la giurisdizione ordinaria e l'arbitrato in termini di rapporti tra giurisdizioni, elaborata dal filone dottrinale sopra richiamato, andò esente da rilevi critici: una copiosa mole di studi sul tema ebbe modo di esprimere opinioni dissenzienti, riuscendo ad ingenerare forti dubbi circa la percorribilità della soluzione anzi prospettata.

In primo luogo, fu rilevato come il richiamo alle norme della Legge 31

l'esistenza e la validità dell'accordo compromissorio l'unico criterio discrezionale per stabilire quale dei due giudizi, ordinario od arbitrale, potesse essere validamente portato a compimento – ed in via successiva secondo la regola di prevalenza fra le eventuali contrastanti pronunce non più impugnabili.

⁽⁸⁵⁾ Citando testualmente BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, op. cit., p. 515: “Il giudice statale, adito dopo l'arbitro, dovrà arrestarsi per la constatazione dell'esistenza di un patto compromissorio, senza particolari approfondimenti sulla sua valutazione giuridica, mentre l'arbitro, adito dopo il giudice statale, dovrà arrestarsi per la mancanza di un patto compromissorio e, invece, continuare il processo arbitrale per la semplice esistenza di un patto compromissorio, salvo in un momento successivo approfondire la valutazione giuridica di esso”.

maggio 1995 n. 218 presupponesse “già risolto il quesito dell’assimilazione – sia pure in parte qua ed eventualmente in via analogica – della natura dell’arbitro rituale interno a quella del giudice straniero o dell’arbitro estero” ⁽⁸⁶⁾. In altri termini, la tesi della assimilabilità delle relazioni intercorrenti fra giurisdizione ordinaria ed arbitri ai rapporti fra giudici italiani e giudici od arbitri stranieri, e la conseguente configurazione in termini di diversità di giurisdizione dei rapporti fra giurisdizione civile italiana ed arbitrati nazionali poggiava su di un assioma di partenza ancor privo di dimostrazione sul piano scientifico. In secondo luogo, quand’anche la coerenza sul piano sistematico del riferimento alle norme contenute nella Legge di diritto internazionale privato fosse stata oggetto di ineccepibile dimostrazione, l’eventuale utilità della operazione *de qua* si sarebbe rivelata del tutto inconsistente. Ciò a motivo del fatto che, ragionando intorno a quanto sopra esposto in relazione al richiamo in via di interpretazione analogica all’art. 4, comma III, della Legge 31 maggio 1995 n. 218, l’obiettivo della salvezza degli effetti sostanziali della notifica della domanda di arbitrato non si sarebbe potuto realizzare, dal momento che il rapporto tra le due diverse giurisdizioni – arbitrale ed ordinaria – non avrebbe sortito alcun effetto circa la praticabilità della via della trasmigrazione della causa dalla sede priva di giurisdizione a quella che ne risultava fornita, secondo lo schema della *translatio iudicii*. Del resto nemmeno la salvezza dell’effetto interruttivo permanente della prescrizione sarebbe risultata di facile argomentazione per il semplice fatto che la norma in

⁽⁸⁶⁾ Ad avanzare tale obiezione fu DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, op. cit., pp. 197 e ss.

proposito richiamata – l’art. 4, comma III – non presentava profili di regolamentazione dell’effetto anzidetto, limitandosi unicamente a dettare una disciplina degli effetti di una deroga alla giurisdizione italiana ⁽⁸⁷⁾.

Del pari, per quanto concerne il richiamo al summenzionato art. 7 della Legge 31 maggio 1995 n. 218, in materia di litispendenza internazionale – quale norma in grado di apprestare una regolamentazione all’evenienza della contemporanea pendenza, nelle due sedi ordinaria ed arbitrale, fra le stesse parti, di identiche domande – si ebbe modo di osservare come anche il riferimento a tale disposizione fosse scarsamente in grado di apportare delle utili innovazioni in campo applicativo e comportasse, al contrario, uno stravolgimento dei principi vigenti in materia di arbitrato ⁽⁸⁸⁾. Invero, se appariva doveroso riconoscere la ammissibilità di una valutazione giudiziale sulla pronunzia arbitrale nel contesto del giudizio di impugnazione per nullità della stessa, conseguentemente si rendeva necessario escludere la configurabilità stessa di una qualsiasi valutazione giudiziale – condotta in termini di mera prognosi, in via del tutto preventiva ed astratta – sul futuro riconoscimento, da parte dell’ordinamento, della decisione arbitrale; una valutazione peraltro del tutto incompatibile con la volontà di Legge, espressa positivamente nell’art. 7, che invece intendeva configurare una deliberazione di

⁽⁸⁷⁾ Sul punto ancora DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudici ordinari ed arbitri*, *ibidem*.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 492, nota ⁽²³⁾, in cui rilevava come la tesi in esame – che poneva capo alla applicazione in via analogica della disciplina della litispendenza internazionale, disegnata dall’art. 7 della Legge 31 maggio 1995 n. 218 – si fondasse su “*equazioni e corrispondenze altamente stipulative*”, ponendo in evidenza come invece “*la efficacia del lodo non [dipendesse ndr] da articolati vagli, come nell’art. 64 Legge 218*” e come la tesi summenzionata comprimesse “*pur senza ripudiarlo, l’operare del retto criterio delle vie parallele*”.

compatibilità ordinamentale tra provvedimenti di autorità appartenenti a giurisdizioni diverse.

Non solo, nella teoria al vaglio della critica non era dato rinvenire nessuna indicazione circa la natura che avrebbe dovuto assumere la valutazione che, nel caso inverso, avrebbero dovuto operare gli arbitri nei confronti di una sentenza dell'autorità giudiziaria, allorché intendessero sospendere il procedimento arbitrale giusta la previa pendenza di un giudizio ordinario ⁽⁸⁹⁾.

Appariva inoltre opportuno aggiungere a tali rilievi anche la circostanza secondo cui la norma richiamata – l'art. 7 della Legge 31 maggio 1995 n. 218 – non costituiva invero l'unica fonte di regolamentazione della

⁽⁸⁹⁾ Le presenti obiezioni sul punto sono state avanzate da DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, op. cit., p. 199. Sul punto anche RICCI Edoardo Flavio, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, pp. 504 e ss., in cui l'Autore sosteneva che, se si fosse voluto accedere all'impostazione di BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, op. cit., p. 515, l'arbitro avrebbe dovuto pronunciare sempre la sospensione del giudizio innanzi a lui instaurato, a motivo del fatto che la sentenza del giudice ordinario gli sarebbe sempre apparsa idonea alla produzione di effetti nell'ordinamento italiano. La sospensione si sarebbe potuta evitare solamente nel caso in cui la sentenza gli fosse apparsa affetta da vizi tanto gravi da comportarne l'inesistenza stessa. Citando testualmente l'Autore "Se si parla dei rapporti tra il processo giudiziario italiano e l'arbitrato destinato a concludersi con un lodo a sua volta italiano, l'art. 7 delle Legge n. 218/95 è fuori tema. Possono interessare tutto al più [...] i rapporti esistenti all'interno del nostro paese tra giurisdizione civile e giurisdizione penale, giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa, giurisdizione civile e giurisdizione tributaria; e l'insegnamento che se ne trae, è nel senso della mancanza di qualsiasi raccordo in termini di litispendenza come impedimento", a cagione del fatto che "nel sistema vigente le diverse giurisdizioni si ignorano a vicenda" (postulato, questo, invero non più corrispondente alla realtà dell'ordinamento dopo l'introduzione della *translatio iudicii* trans-giurisdizionale ad opera di Cass. Civ., S.U., 22 febbraio 2007 n. 4109; di Corte Cost., 12 marzo 2007 n. 77; dell'art. 59 della Legge 18 giugno 2009 n. 69). Per un riferimento alla tesi dell'Autore sulla irrilevanza della litispendenza ordinaria quale impedimento al giudizio arbitrale, e viceversa, si veda, al Par. 1, la nota ⁽²⁷⁾.

litispendenza internazionale, esistendo almeno un'altra disposizione – l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la quale peraltro non era stata fatta oggetto di considerazione da parte della dottrina in esame, che non aveva dunque espresso una motivata preferenza per la disposizione di cui all'art. 7, da essa richiamata – in grado di disciplinare gli effetti della contemporanea pendenza di due cause identiche presso giurisdizioni diverse sul piano internazionale.

Ma anche qualora la scelta fosse ricaduta sulla disposizione di cui all'art. 21 della summenzionata Convenzione europea, il nodo cruciale che sarebbe in ogni caso rimasto da sciogliere – si argomentava – sarebbe stato proprio quello di determinare quale contenuto avrebbe dovuto avere la pronuncia – prevista dalla norma di cui all'art. 21 – sulla competenza del giudice preventivamente adito, allorquando si fosse proceduto alla sua trasposizione sul versante dei rapporti fra la giurisdizione ordinaria e l'arbitrato ⁽⁹⁰⁾.

Del resto, nemmeno la riconducibilità stessa al concetto di giurisdizione delle relazioni tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato riuscì a superare le obiezioni avverse della dottrina, le quali posero in evidenza la sua non condivisibilità alla luce dell'osservazione sistematica del quadro normativo allora in vigore.

Fu in primo luogo rilevata la non correttezza dell'identificazione del fenomeno arbitrale quale sorta di giurisdizione internazionale, specialmente a motivo della considerazione che a quest'ultima è

⁽⁹⁰⁾ In questo senso ancora DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, op. cit., pp. 200-201.

riconosciuto – contrariamente a ciò che avviene sul versante della giustizia arbitrale, in cui il collegio giudicante esercita i propri poteri in un contesto necessariamente delimitato *ab origine* dall'autonomia contrattuale delle parti – “*un potere giurisdizionale omogeneo quanto alla natura, in quanto in astratto privo di limiti di sorta, e non presupponente alcun riparto «per materia»*” ⁽⁹¹⁾. La limitazione dei poteri conoscitivi e decisorii degli arbitri operata dall'autonomia contrattuale – così come la negazione della applicabilità dell'istituto della litispendenza ⁽⁹²⁾, l'impedimento di cui all'art. 819 *bis* alla realizzazione del *simultaneus processus*, l'inammissibilità della proposizione *apud arbitros* di domande di accertamento incidentale aventi ad oggetto rapporti pregiudiziali non ricompresi nell'ambito dell'accordo compromissorio ⁽⁹³⁾ ed il divieto di *cognitio incidentalis* sulle questioni pregiudiziali ⁽⁹⁴⁾ – avrebbe piuttosto potuto facilitare

⁽⁹¹⁾ Sul punto si veda DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 397 e ss.

⁽⁹²⁾ Sul punto si veda, in questo stesso Paragrafo, la nota ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁹³⁾ Secondo DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 396, la regola dell'inammissibilità *apud arbitros* delle domande di accertamento incidentale su rapporti pregiudiziali non ricompresi nell'ambito dell'accordo compromissorio non comportava necessariamente la configurazione di due distinti ordini di giurisdizione, “*costituendo in astratto possibile criterio determinativo di giurisdizione il legame di pregiudizialità rispetto alla domanda introdotta in causa*”, così come del resto avveniva nella vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 4, comma III, c.p.c., il quale riconosceva la giurisdizione in capo al giudice italiano nei confronti dello straniero nel caso di causa connessa con altra pendente innanzi al giudice italiano.

⁽⁹⁴⁾ Il divieto di *cognitio incidentalis* sulle questioni pregiudiziali, di cui all'art. 819, comma I, c.p.c., nella formulazione allora in vigore – anteriore alla Riforma di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 – poteva essere invero considerato un “*indice di compatibilità per una ricostruzione delle relazioni tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato in termini di giurisdizione, essendo in astratto maggiormente consueta, nell'ambito dei rapporti tra ordini di giurisdizione diversi, la presenza di particolari divieti anche alla mera cognitio incidentalis del giudice sulle questioni*”

l'identificazione del fenomeno arbitrale con una sorta di giurisdizione speciale. A tal proposito tuttavia appariva doveroso obiettare che nel quadro di una giurisdizione speciale le materie oggetto di potestà decisoria sono identificate, di regola, in via preventiva ad opera del legislatore, mentre la *potestas decidendi* arbitrale trova la sua origine in una specifica (e sempre variabile) opzione contrattuale. Non si tralasciò infine di rilevare che, se davvero i rapporti fra la giurisdizione ordinaria e l'arbitrato fossero stati inquadrabili come riparti di giurisdizione speciale, la contestazione della giurisdizione ordinaria a motivo della presenza di un accordo compromissorio sarebbe potuta avvenire anche mediante la proposizione del regolamento di giurisdizione – tradizionalmente escluso dall'ambito dell'arbitrato ⁽⁹⁵⁾ – e non soltanto mediante la proposizione dell'eccezione di compromesso.

pregiudiziali". Ad una tale considerazione si obiettava però che il disposto di cui all'art. 819, comma I, c.p.c., assumeva una valenza inferiore a quella che ad esso si intendeva attribuire qualora lo si ritenesse confermativo dell'esistenza di due distinte giurisdizioni – quella ordinaria e quella arbitrale – e che la sua introduzione era stata invece motivata dalla volontà di un "*rafforzamento del vincolo di indisponibilità di determinati diritti nei confronti del giudice arbitrale*", e che se davvero il divieto *de quo* fosse stato sintomatico dell'esistenza di una diversità di ordine giurisdizionale, esso avrebbe dovuto assumere una valenza generalizzata, e non essere limitato ad alcune materie soltanto. In questo senso DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 396.

⁽⁹⁵⁾ Si vedano in proposito Cass. Civ., S.U. 29 luglio 1987 n. 6556; Cass. Civ., 29 novembre 1986 n. 7087; Cass. Civ., 9 aprile 1986 n. 2469; Cass. Civ., S.U. 2 aprile 1984 n. 2149, secondo le quali l'esperibilità del regolamento di giurisdizione era negata a motivo della riconduzione allo schema tecnico della competenza delle relazioni tra l'arbitrato e la giurisdizione ordinaria. Il rimedio in esame era però ammesso qualora si dovesse discernere se la controversia appartenesse alla giurisdizione ordinaria ovvero ad un arbitrato internazionale. Per quanto concerne il formante dottrinale, sull'esclusione della praticabilità del rimedio del regolamento di giurisdizione nella fattispecie in esame, si vedano SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 233; MANDRIOLI Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, p. 395; FAZZALARI Elio, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 42.

Parimenti, si osservava come il fenomeno arbitrale non disponesse di organi che ad esso istituzionalmente facessero capo, mancando pertanto *“l’elemento strutturale proprio degli ordinamenti giurisdizionali, fondandosi ed alimentandosi in virtù dei soli profili funzionali che ad esso sono propri”* ⁽⁹⁶⁾.

Infine, anche ragionando da un punto di vista esclusivamente letterale, l’inammissibilità di una ricostruzione dei rapporti in esame in termini di giurisdizione trovava conferma nell’art. 37 c.p.c. – il quale non menziona, tra le cause comportanti il difetto di giurisdizione del giudice italiano, il fenomeno arbitrale – e nel regime di deroga della giurisdizione ordinaria ⁽⁹⁷⁾, che del pari non sembra applicabile all’arbitrato rituale.

Oltre alle predette ricostruzioni dei rapporti tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato, in termini di competenza in senso tecnico e di giurisdizione, si

⁽⁹⁶⁾ Il presente rilievo è da ricondursi a DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., p. 401, nota ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁹⁷⁾ In proposito, l’art. 2 c.p.c. nella sua formulazione originaria correlava il regime di derogabilità della giurisdizione italiana alla devoluzione a vantaggio di giurisdizioni straniere e di *“arbitri che pronuncino all’estero”*, dunque escludendo che l’arbitrato rituale puramente interno costituisse un’ipotesi di deroga alla giurisdizione ordinaria. L’introduzione nel Codice di rito di un capo appositamente dedicato all’arbitrato internazionale – ad opera della Novella di cui alla Legge 5 gennaio 1994 n. 25 – *“consacra anche sul piano del diritto processuale interno la distinzione già presente nel sistema tra le due figure di arbitrato, interno ed internazionale. In questa prospettiva, e riconoscendo il carattere «straniero» del fenomeno arbitrale internazionale, così comportante vera e propria deroga alla giurisdizione, non pare per converso sostenibile che anche l’arbitrato puramente interno appartenga ad un ordine di giurisdizione diverso da quello previsto dalle regole ordinarie, e soprattutto, come detto, possa essere assimilato a una giurisdizione internazionale”*. Così DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., p. 400, nota ⁽⁷³⁾.

fece strada in dottrina ⁽⁹⁸⁾ anche la tesi secondo cui, costituendo l'arbitrato espressione di un vero e proprio ordinamento giuridico, pur diverso quanto a natura da quello statale, ed assumendo il compromesso, all'interno dell'ordinamento giuridico statale, rilevanza di mero fatto, l'eccezione di patto compromissorio avrebbe assunto la qualificazione di eccezione di merito. La non condivisibilità della ricostruzione qui prospettata era resa evidente tuttavia dal fatto che l'arbitrato costituisce, pur diversificandosene, *“un sistema parallelo a quello ordinario, del tutto equivalente quanto a funzione decisoria”* ⁽⁹⁹⁾, di talché non si sarebbe mai potuta classificare la pronuncia del giudice ordinario che accogliesse l'eccezione di accordo compromissorio come pronuncia attinente al merito, *“incidendo la presenza dell'accordo compromissorio preliminarmente sullo stesso potere del giudice di scendere all'esame del merito, determinandone un effetto caducatorio”* ⁽¹⁰⁰⁾.

Secondo un'altra e diversa ricostruzione dottrinale ⁽¹⁰¹⁾, l'eccezione di patto compromissorio si sarebbe identificata con un mezzo processuale

⁽⁹⁸⁾ Era questa la nota tesi di SATTA Salvatore, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1932, pp. 163 e ss., il quale sosteneva che tramite il compromesso le parti raggiungessero automaticamente un accordo in merito alle contrapposte pretese, assoggettandosi e facendo propria la volontà che sarebbe stata estrinsecata dagli arbitri nel lodo; in questa prospettiva, l'accordo compromissorio non sarebbe stato altro che una sorta di transazione in bianco, il cui contenuto sarebbe poi stato determinato dagli arbitri. Secondo la concezione dominante, invece, il fenomeno arbitrale (rituale) costituisce un vero e proprio giudizio, esterno ed indipendente dalla volontà delle parti.

⁽⁹⁹⁾ Citando testualmente DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 431.

⁽¹⁰⁰⁾ Secondo l'argomentazione di DANOVI Filippo, *ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ Era questa la teoria sostenuta da TOMBARI Giovanna, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, pp. 1063 e ss.

attraverso il quale sarebbe stata possibile la deduzione in giudizio di una pretesa carenza di interesse ad agire, a cagione della stipulazione stessa della convenzione di arbitrato. In realtà, si obiettò, quest'ultima teoria avrebbe finito con l'attribuire al concetto di interesse ad agire una valenza estranea rispetto ai connotati che tradizionalmente ad essa si è soliti ricondurre. Si riconosceva infatti che i requisiti di esistenza della condizione dell'azione in esame potevano essere valutati sul piano sostanziale, *“anteriormente ed indifferentemente, quindi, che sulla situazione sostanziale tutelanda si chieda giustizia per via ordinaria ovvero in sede arbitrale”* ⁽¹⁰²⁾.

Altra autorevole parte della dottrina ⁽¹⁰³⁾, aveva ravvisato nell'eccezione di patto compromissorio il mezzo mediante il quale far valere la rinuncia al procedimento di cognizione ordinaria, attuata con la stipulazione della convenzione di arbitrato. Anche la presente teoria ricostruttiva non appariva però assumere la caratteristica dell'esaustività, primariamente a motivo del fatto che, lungi dal contribuire all'individuazione dell'effetto processuale generato nel giudizio ordinario a seguito dell'eccezione in parola, essa si limitava a dar conto delle motivazioni sottostanti la scelta delle parti sulla devoluzione della controversia alla cognizione arbitrale, senza poi contare l'evidente inconciliabilità della ricostruzione in esame con la disciplina positiva delle rinunzie processuali, quali la rinuncia all'azione e la rinuncia agli atti del giudizio ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ Citando testualmente ancora DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 432.

⁽¹⁰³⁾ Tra cui si annoverano CHIOVENDA Giuseppe, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1987 e CALAMANDREI Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1943, pp. 44, 174.

⁽¹⁰⁴⁾ Tali erano le obiezioni formulate da DANOVI Filippo, *ibidem*.

Coerentemente con le argomentazioni ed obiezioni sollevate, volte alla confutazione delle tesi ricostruttive dei rapporti tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato prospettate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si avanzò una ulteriore opzione ricostruttiva delle relazioni in esame, ben più idonea ad una sistematizzazione coerente ed equilibrata della materia qui esaminata.

Fu elaborata dunque la teoria – che sviluppava l’approccio tradizionale, ricalibrandolo – secondo cui l’eccezione a mezzo della quale, nel corso di un giudizio ordinario, si fa valere l’esistenza di un accordo compromissorio o di una clausola compromissoria è da identificarsi con un’eccezione processuale di inammissibilità ⁽¹⁰⁵⁾ della domanda giudiziale, fondata sulla mancanza, in capo al giudice dello Stato, di *potestas iudicandi* ^(106,107). Mediante la proposizione della eccezione in

⁽¹⁰⁵⁾ Con riguardo all’utilizzo del termine “inammissibilità” la dottrina in esame specificava che, nonostante l’utilizzo di detto termine da parte del legislatore unicamente con riguardo ai mezzi di impugnazione, si riteneva che esso potesse essere validamente esteso anche alla proponibilità stessa dell’azione, in assenza dei presupposti processuali, o più in generale, dei requisiti idonei alla pronuncia di merito.

⁽¹⁰⁶⁾ In questo senso, DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., p. 434; la presente impostazione era già stata prospettata da LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, pp. 470 e ss, ove l’insigne Autore affermava (*obiter dictum*): “il compromesso dà vita ad un’eccezione d’inammissibilità della domanda e non ad un’eccezione di incompetenza [...]” e da ANDRIOLI Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, p. 156, il quale, pur manifestando per certi versi la propria adesione alla ricostruzione dei rapporti giudici ordinari/arbitri in termini di competenza, tuttavia affermava che “non essendovi la più completa equipollenza tra procedura ordinaria e procedura arbitrale... acconcio sarebbe parlare di inammissibilità della domanda più che di incompetenza del giudice ordinario”; in proposito anche CECHELLA Claudio, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, pp. 416 e ss., aveva identificato, con riguardo all’arbitrato del lavoro, l’eccezione in esame con un’eccezione di improcedibilità della domanda giudiziale fino alla pronuncia della decisione arbitrale.

esame, la parte avrebbe fatto valere “*il compromesso quale specifico accordo comportante l’inammissibilità della messa in moto dello strumento giurisdizionale; una inammissibilità beninteso relativa, sia sotto il profilo della sua rilevabilità, sia da un punto di vista specificamente temporale*”⁽¹⁰⁸⁾.

Sotto il profilo della sua rilevabilità, stante il carattere disponibile della questione – in quanto l’accordo compromissorio era ritenuto comportare una deroga puramente convenzionale alla giurisdizione ordinaria, mancando ogni sorta di interesse pubblico alla rilevazione di tale deroga – si affermava la proponibilità della stessa unicamente ad istanza di parte, sulla quale incombeva l’onere di provare i fatti che ne costituivano il fondamento.

Quanto al secondo profilo attinente alla necessità dell’attribuzione al regime di rilevabilità dell’eccezione in esame di un termine preclusivo, la teoria in esame, muovendo dalla natura dell’eccezione di compromesso,

⁽¹⁰⁷⁾ Ci permettiamo di osservare che la tesi sopraesposta – secondo cui l’eccezione a mezzo della quale, nel corso di un giudizio ordinario, si fa valere l’esistenza di un accordo compromissorio o di una clausola compromissoria sarebbe identificabile con un’eccezione processuale di inammissibilità della domanda giudiziale – appariva, nella spiegazione dell’Autore (DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., pp. 434 e ss.), priva di alcun fondamento sistematico: invero, l’individuazione della ragione che la pronunzia del giudice ordinario, dichiarativa dell’inammissibilità della domanda giudiziale, avrebbe dovuto assumere quale sua ragione giustificatrice è la grande assente nell’analisi svolta (pur se l’inammissibilità invocata dall’Autore sembra implicitamente assumere i caratteri della rinuncia temporanea all’azione giudiziale). Del pari, (si veda più oltre, nel testo) l’Autore risolveva in modo del tutto apodittico la questione sulla rilevabilità ad istanza di parte dell’inammissibilità della domanda giudiziale proposta in presenza di accordo compromissorio, tralasciando di motivare per quale ragione il principio generale della rilevabilità *ex officio* dell’inammissibilità avrebbe dovuto, nel caso specifico, subire tale vistosa deroga.

⁽¹⁰⁸⁾ Citando testualmente DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., p. 434.

qualificata come eccezione processuale non rilevabile d'ufficio, argomentava che, in mancanza di un dato normativo chiarificatore, si dovesse desumere la applicabilità al caso di specie della norma di cui all'art. 180, comma II, c.p.c., nella formulazione allora in vigore ⁽¹⁰⁹⁾. Nel caso in cui invece la stipulazione dell'accordo compromissorio fosse intervenuta in un momento successivo all'instaurazione del giudizio ordinario, la relativa eccezione avrebbe potuto essere sollevata da ciascuna delle parti, nella prima difesa o atto immediatamente successivo al momento del perfezionamento dell'accordo compromissorio, per effetto, in quest'evenienza, di un automatico superamento, *per factum superveniens*, del principio di preclusione.

La pronuncia del giudice ordinario sulla questione sollevata dall'eccezione di compromesso, quale eccezione di inammissibilità della domanda, non avrebbe dato luogo all'impugnabilità della stessa mediante regolamento di competenza – a motivo di tutte le ragioni sopra esposte, contrarie alla qualificazione in termini di competenza in senso tecnico dei rapporti tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato, ed a motivo del fatto che la pronuncia in parola non poteva in alcun modo essere paragonata

⁽¹⁰⁹⁾ A tenore del quale “*La trattazione della causa davanti al giudice istruttore è orale. Se richiesto, il giudice istruttore può autorizzare comunicazioni di comparse a norma dell'ultimo comma dell'art. 170. In ogni caso fissa a data successiva la prima udienza di trattazione, assegnando al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio*”. Il comma in esame è stato abrogato ad opera del D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito, con modificazioni, in Legge 14 maggio 2005 n. 80, e “traslato” nel comma II dell'art. 167 c.p.c. il quale recita “*A pena di decadenza [il convenuto ndr] deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione*”.

ad una pronuncia sulla competenza, poiché, accogliendo l'eccezione di compromesso, il giudice non era ritenuto addentrarsi nell'esame della propria competenza, ma si limitava a "*rilevare una causa del tutto diversa di impedimento processuale*"⁽¹¹⁰⁾ ossia "*l'operatività della deroga alla potestas decidendi del giudice ordinario originata dall'accordo compromissorio*"⁽¹¹¹⁾ –. Logicamente si sarebbe dovuto procedere alla sua contestazione mediante gli ordinari mezzi di impugnazione^(112,113).

Del pari e per le stesse ragioni⁽¹¹⁴⁾, anche la pronuncia degli arbitri, statuyente sulla loro *potestas iudicandi*, non sarebbe stata impugnabile mediante regolamento di competenza⁽¹¹⁵⁾, ma solamente attraverso

⁽¹¹⁰⁾ Citando testualmente l'opera di DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 447-448.

⁽¹¹¹⁾ Citando testualmente ancora l'opera di DANOVI Filippo, *ivi*, p. 452.

⁽¹¹²⁾ In questo senso, DANOVI Filippo, *ibidem*, ed in precedenza, REDENTI Enrico, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1997, p. 453; COLESANTI Vittorio, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Rivista di diritto processuale*, 1958, pp. 261-262; FAZZALARI Elio, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 43.

⁽¹¹³⁾ Secondo la teoria in esame, nemmeno la pronuncia del giudice statale in sede di giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale, per le stesse ragioni, non sarebbe stata impugnabile mediante il regolamento di competenza.

⁽¹¹⁴⁾ Citando testualmente DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 454-455, "*Allorquando il giudice arbitrale statuisce in merito alla validità o ai limiti dell'accordo compromissorio, infatti, lo stesso si limita a verificare la concreta possibilità di assumere la decisione nel merito grazie all'investitura conferitagli dalle parti, senza assumere alcuna decisione riferibile ai concetti tecnici di competenza che nel giudizio ordinario legittimano l'esperibilità del regolamento*". La posizione della non esperibilità, avverso il lodo rituale, del regolamento di competenza era dall'Autore motivata anche sulla base del dettato dell'art. 827 c.p.c., il quale era ritenuto enumerare in modo tassativo le impugnazioni esperibili avverso la pronuncia arbitrale, ossia l'impugnazione per nullità, la revocazione e l'opposizione di terzo.

⁽¹¹⁵⁾ Come peraltro una parte della dottrina aveva tentato di affermare, (si veda in proposito, ANDRIOLI Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 844), muovendo dalla considerazione secondo cui, volendo accedere alla

l'impugnazione per essa ordinariamente prevista, ossia l'impugnazione per nullità – ex art. 829 n. 1 c.p.c., nel caso in cui la parte intendesse contestare la validità dell'accordo compromissorio, ex art. 829 n. 4 c.p.c., nell'eventualità in cui gli arbitri avessero pronunciato su domande o questioni non ricomprese nell'ambito di operatività oggettiva della convenzione di arbitrato –.

3. Il correttivo giurisprudenziale inaugurato da Cass. Civ. 8 luglio 1996 n. 6205 e Cass. Civ. 7 aprile 1997 n. 3001: un'analisi comparativa col diritto francese.

Nella cornice, sin qui delineata, delle evoluzioni normative, dottrinali e giurisprudenziali delle relazioni intercorrenti tra la giurisdizione civile ordinaria ed il fenomeno arbitrale, fecero irruzione due pronunzie della Corte di legittimità – segnatamente Cass. Civ. 8 luglio 1996 n. 6205 e Cass. Civ. 7 aprile 1997 n. 3001 –. Nell'ambito di queste pronunce la Suprema Corte – pur palesando l'intento di addentrarsi nella disamina degli aspetti peculiari che il regolamento necessario di competenza avrebbe assunto allorquando l'incompetenza del giudice ordinario adito fosse ascrivibile alla stipulazione di un accordo di devoluzione della

ricostruzione dei rapporti fra giudici ordinari ed arbitri in chiave di competenza ed ammettendo l'esperibilità avverso la sentenza del giudice ordinario del regolamento di competenza, era doveroso ammettere anche la ammissibilità del predetto mezzo di impugnazione anche nei riguardi della pronuncia arbitrale. In tal senso anche ACONE Modestino, *Arbitrato e competenza*, op. cit., pp. 259 e ss.

controversia alla cognizione arbitrale ^(116,117) – intraprese un’audace operazione creativa, che la condusse al conio di una nuova disciplina giuridica, atta a fornire una regolamentazione alla fattispecie della contemporanea pendenza di due giudizi, ordinario ed arbitrale, concernenti il medesimo oggetto ⁽¹¹⁸⁾.

Nella specie, la giurisprudenza in esame ripudiava il “*tralaticio orientamento*”⁽¹¹⁹⁾ c.d. delle “vie parallele” tra l’arbitrato e la giurisdizione ordinaria, secondo cui “*la regola generale per la quale gli arbitri sono tenuti a giudicare sulla propria «competenza», e cioè ad accertare l’esistenza, la validità e la esatta portata del compromesso o*

⁽¹¹⁶⁾ Così Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205.

⁽¹¹⁷⁾ La pronunzia in esame dedicava invero non molte battute alla disamina delle peculiarità che la disciplina del regolamento di competenza necessario avrebbe assunto nell’eventualità in cui il giudice ordinario adito avesse declinato la propria competenza a motivo dell’avvenuta stipula, tra le parti, di una convenzione di arbitrato: essa rilevava in proposito solamente come la pronuncia della Corte di Cassazione medesima sull’impugnazione in parola non esplicasse efficacia vincolante nei confronti degli arbitri, presso i quali non era dunque ipotizzabile alcuna *translatio iudicii*, esaurendosi la portata della sentenza della Corte regolatrice “*nell’accertamento, in via definitiva, dell’esistenza di una deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria*”; tutto ciò, del resto, non avrebbe prodotto conseguenze preclusive in capo agli arbitri, ai quali era senza dubbio consentito di verificare l’esistenza od inesistenza in capo a sé della *potestas iudicandi* che le parti avevano inteso attribuire loro, ed il lodo eventualmente pronunciato in carenza di valido conferimento, in capo agli arbitri, della potestà decisoria, sarebbe rimasto censurabile mediante l’impugnativa per nullità, ai sensi dell’art. 829, n. 1, c.p.c.

⁽¹¹⁸⁾ In proposito, la summenzionata Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205, la quale testualmente riportava la necessità di “*investigare quali modifiche subisca la disciplina dettata dal codice di rito nell’ipotesi in cui [...] la medesima controversia penda contemporaneamente dinanzi al giudice e dinanzi agli arbitri*”.

⁽¹¹⁹⁾ Così, testualmente, la summenzionata Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 (parte motiva), la quale ribadiva come l’orientamento suddetto “*non solo si [era ndr] formato in tempi ormai remoti, ben lontani dalla evoluzione della normativa in tema di arbitrato [...], ma neppure mostra di aver recepito le distinzioni prospettate dalla dottrina del tempo, formulate sia nel contesto di opere specialistiche, sia nelle note pubblicate nelle più coerenti riviste giuridiche*”.

della clausola compromissoria, non vale ad escludere la concorrente cognizione del giudice ordinario sulla questione dell'esistenza e della validità del patto compromissorio, quand'anche il giudizio arbitrale sia già stato instaurato” (¹²⁰). L'orientamento giurisprudenziale in parola – come già abbiamo avuto modo di riferire – scongiurava l'eventualità di una concorrente cognizione della medesima controversia presso le due sedi, ordinaria ed arbitrale – e la conseguente potenziale definizione della medesima lite in senso reciprocamente discordante, se non addirittura contraddittorio – non certamente attraverso la spendita dell'eccezione di litispendenza (¹²¹), bensì mediante il postulato e l'auspicio della corretta soluzione, presso ciascuna sede, della questione circa l'esistenza, la validità ed i limiti del compromesso o della clausola compromissoria (¹²²).

(¹²⁰) Così, testualmente, la summenzionata Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 (parte motiva), che riportava in questi termini il principio della *Kompetenz – Kompetenz*, secondo il quale, come già abbiamo avuto modo di specificare, ciascun giudice è giudice anzitutto della propria competenza.

(¹²¹) Ciò a motivo del fatto che – argomentava sul punto la Corte – l'istituto della litispendenza trova il suo criterio regolatore nel principio di prevenzione, il quale presuppone l'esistenza di due giudici dotati di pari competenza giurisdizionale, “*e ciò esclude che possa darsi litispendenza tra un giudizio pendente davanti all'autorità giudiziaria e un giudizio instaurato davanti ad arbitri*”. Così, testualmente, la già più volte citata Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 (parte motiva).

(¹²²) La Suprema Corte rilevava invero che, secondo la normativa vigente all'epoca in cui era indiscusso, in giurisprudenza, il sistema c.d. delle “vie parallele”, “*la proposizione della domanda davanti al collegio arbitrale non poteva produrre gli stessi effetti della domanda proposta davanti al giudice, tenuto conto del fatto che il procedimento arbitrale acquistava carattere giurisdizionale solo col decreto del pretore che dichiarava l'esecutività del lodo, trasformandolo in sentenza arbitrale*” e che, conseguentemente, “*in attesa che il procedimento arbitrale acquistasse retroattivamente, fin dalla sua instaurazione, carattere giurisdizionale, [...] il giudice adito non poteva limitarsi a dichiarare la litispendenza, ma era tenuto a declinare la propria competenza se ravvisava quella degli arbitri, ovvero,*

Tuttavia, attesa la parallela praticabilità delle due “vie”, ordinaria ed arbitrale, in funzione della risoluzione della medesima lite, l’ordinamento positivo a quell’epoca vigente – sosteneva la Suprema Corte – non riusciva ad apprestare rimedi né di carattere preventivo, né di carattere repressivo all’eventualità che entrambi gli organi giudicanti pervenissero alla contemporanea affermazione della propria competenza – determinandosi così quel che si suole definire un “conflitto positivo di competenza” – ed alla pronunzia, rispettivamente, di una sentenza e di un lodo, entrambi definitivi e vincolanti per le parti, ma potenzialmente contrastanti.

Invero, la non invocabilità del rimedio preventivo della litispendenza *ex* art. 39 c.p.c., la non praticabilità, in via repressiva, della impugnazione per nullità del lodo *ex* art. 829, n. 8, c.p.c. – dal momento che l’eccezione di precedente giudicato (in quanto, presumibilmente, in sede ordinaria non ancora formatosi) non sarebbe stata tempestivamente spendibile nel corso del giudizio arbitrale, e conseguentemente il relativo motivo di impugnazione sarebbe stato inutilizzabile ⁽¹²³⁾ – e la non revocabilità della sentenza dell’autorità giudiziaria *ex* art. 395, n. 5, c.p.c. – attesa la non contemplazione, da parte della norma citata, dell’ipotesi di contrarietà della sentenza a precedente lodo non più impugnabile,

in caso contrario, doveva riconoscere la propria competenza e decidere nel merito”.

⁽¹²³⁾ La sentenza sopraccitata in proposito così pronunciava: “*Non vale [...] invocare il rimedio approntato dall’art. 829, n. 8, c.p.c., che sanziona di nullità il lodo che sia contrario a un precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato fra le parti, purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale, poiché, [...] il giudizio contenzioso ordinario segue di norma l’instaurazione del procedimento arbitrale e ciò non consente di ipotizzare la proponibilità dell’eccezione di giudicato dinanzi agli arbitri, attesa la diversa durata dei due procedimenti*”.

essendo la disposizione “*chiamata a dirimere un conflitto tra giudicati [statali ndr] e non quello tra una sentenza passata in giudicato e un lodo non impugnato e non più impugnabile*” ⁽¹²⁴⁾ – avrebbero determinato il gravissimo inconveniente della soggezione delle parti all’osservanza di un lodo, eventualmente esecutivo e definitivo, e contemporaneamente di una sentenza passata in giudicato: statuenti entrambi sulla medesima lite e probabilmente in modo vicendevolmente discordo.

Né – a giudizio della Corte – l’esistenza dell’ipotizzato conflitto avrebbe potuto essere aggirata attribuendo la preminenza alla decisione dei giudici, avente forza di giudicato, sul lodo definitivo, dal momento che tale operazione avrebbe determinato il riconoscimento, in capo a ciascuna delle parti dell’accordo compromissorio, di una sorta di *ius poenitendi* che avrebbe consentito la sottrazione, in maniera unilaterale, agli effetti del patto derogatorio, senza peraltro alcun limite di tempo.

Sulla scorta di tali premesse ed in virtù delle predette considerazioni ⁽¹²⁵⁾, la Corte giunse alla formulazione di una nuova regola di diritto, secondo la quale la avvenuta costituzione del collegio arbitrale ad opera delle parti, ovvero – come ebbe modo di precisare la seconda e più recente pronuncia, il compimento del primo atto di impulso di parte del procedimento arbitrale (contenente anche la proposizione della domanda

⁽¹²⁴⁾ Così testualmente la summenzionata sentenza, Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 (parte motiva).

⁽¹²⁵⁾ Come rilevava GIACOBBE Daniela, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, in *Giustizia civile*, 1997, pp. 2451 e ss.: “la mancanza di rimedi processuali idonei a prevenire la formazione di giudicati contrastanti, ovvero a dirimere un eventuale conflitto tra gli stessi, ha indotto la Corte a individuare, nella pratica applicazione del diritto, uno strumento comunque idoneo a tal fine, ancorché non espressamente previsto dalla Legge”.

nei modi di cui alla Legge 5 gennaio 1994 n. 25) ⁽¹²⁶⁾ – avrebbe sottratto al giudice ordinario “*ogni potere di deliberare in ordine all’esistenza, alla validità e alla portata dell’accordo derogatorio della sua competenza, restando tale accertamento affidato in via esclusiva agli arbitri*” ⁽¹²⁷⁾. Conseguentemente, allorquando la evocazione del giudice ordinario (e di conseguenza la decisione sulla questione di competenza da parte del giudice ordinario) fosse stata richiesta dopo l’instaurazione del giudizio arbitrale, il giudice adito avrebbe dovuto limitarsi a prendere atto della circostanza che l’accordo derogatorio della competenza dell’autorità giudiziaria aveva già trovato concreta attuazione. Rilevata la pendenza del giudizio arbitrale dunque, il giudice era comunque tenuto a dichiarare improponibile od improseguibile l’azione, astenendosi da ogni accertamento in ordine all’esistenza e alla validità dell’accordo compromissorio, rimanendo la relativa questione esclusivo appannaggio degli arbitri. Tramite l’ordinario giudizio di impugnazione per nullità, si

⁽¹²⁶⁾ Così come ebbe a rilevare LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1997 pp. 517 e ss., ove affermava “*La Corte, con la sentenza 6205/1996 ha dato rilevanza alla anteriorità della costituzione del collegio arbitrale, rispetto alla proposizione della domanda giudiziale [...]. La sentenza 3001/1997 ritiene, invece, che si debba far riferimento non alla costituzione del collegio arbitrale, ma alla proposizione della domanda in sede arbitrale: sicché le conseguenze [...] si verificano allorché la domanda arbitrale è proposta – nei modi previsti dalla Legge n. 25 del 1994, attraverso la notificazione di un atto nel quale la parte dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*”.

⁽¹²⁷⁾ Citando testualmente Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205, la quale precisava inoltre che “[doveva ndr] ritenersi preclusa alle parti, che abbiano provveduto all’instaurazione del procedimento arbitrale, la proposizione della medesima domanda dinanzi al giudice ordinario affinché si pronunci nel merito dopo aver accertato l’inesistenza o la nullità dell’accordo compromissorio posto a fondamento dell’avvenuto deferimento ad arbitri della controversia tra esse insorta”.

sarebbe potuta in seguito censurare la pronunzia arbitrale successivamente emanata, allorché si intendesse eccepire il difetto di potestà decisoria degli arbitri a cagione di una pretesa carenza di regolare investitura da parte dei privati contraenti, ed eventualmente solo a quel punto si sarebbe riaperta la via della giurisdizione ordinaria.

Adottando una tale soluzione, la Corte si espose però alle osservazioni critiche della migliore dottrina, la quale non tardò a far sentire la propria voce in proposito e ad ipotizzare sul tema variazioni, correttivi ed aggiustamenti, in aggiunta ad immancabili rilievi critici.

In primo luogo fu posto in evidenza come il rimedio apprestato dalla Corte dimostrasse il proprio effetto utile – in relazione alla finalità che la Corte stessa si era prefissata, ossia di evitare sul medesimo oggetto due pronunce tra loro contrastanti – solamente nel caso in cui l'autorità giudiziaria ordinaria fosse stata adita in un momento successivo alla costituzione del collegio arbitrale e non nell'ipotesi inversa, per la quale invece tale rischio avrebbe continuato a concretizzarsi, data la circostanza per cui il giudizio arbitrale, instaurato per secondo, non si sarebbe visto “*reciprocamente sbarrare il passo dall'art. 39, comma I, c.p.c.*”⁽¹²⁸⁾: problematica, questa, intrinseca alla non configurazione, da parte della Corte, di una litispendenza “*bilaterale*”, ma per così dire “*a senso unico*”⁽¹²⁹⁾. Affermare – come la Suprema Corte – che, una volta

⁽¹²⁸⁾ Così come rilevato da CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 493 e da TOTA Gabriella, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in www.judicium.it.

⁽¹²⁹⁾ Sul punto CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 494, rilevava come “*la Suprema Corte, pur negando de iure l'applicabilità (biunivoca) dell'istituto della litispendenza previsto all'art. 39*

instaurato il giudizio ordinario, le parti non avrebbero proceduto, “ovviamente” ⁽¹³⁰⁾, alla proposizione della medesima domanda innanzi agli arbitri, appariva del tutto inconferente, poiché in realtà non sembrava “affatto improbabile che tale iniziativa [venisse ndr] assunta proprio da colui che ha sollevato l’eccezione innanzi al giudice ordinario” ⁽¹³¹⁾. Al fine di “suggerire una possibile «correzione» di questa vistosa lacuna” ⁽¹³²⁾, la dottrina ideò una sorta di integrazione: si sarebbe dovuto prevedere che, allorquando fosse avvenuta la costituzione del collegio arbitrale, anche se perfezionatasi in un momento successivo alla proposizione della domanda in sede ordinaria, il giudice ordinario avrebbe ugualmente perduto il potere di conoscere e decidere la questione della *potestas iudicandi* arbitrale. La coerenza di un tale

c.p.c. vuole comunque evitare che i due giudizi proseguano paralleli: a tal fine, però, è costretta a considerare l’exceptio compromissi sollevata nella causa ordinaria alla stessa stregua di una sorta di eccezione di litispendenza “a senso unico”, [...] proprio perché esclude che il giudice ordinario, adito successivamente alla instaurazione del procedimento arbitrale, possa accertare la validità dell’accordo arbitrale per stabilire se è competente. Conterebbe solo la prevenienza”.

⁽¹³⁰⁾ Così testualmente Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205, secondo la quale, “il principio secondo cui ogni giudice è giudice della propria competenza non opera con i medesimi effetti se la questione di competenza sorge anteriormente alla costituzione del collegio arbitrale ovvero dopo la sua costituzione. Nel primo caso non può dubitarsi che il giudice adito, dinanzi al quale sia stata eccepita la pregressa stipulazione di un accordo derogatorio della competenza, sia tenuto a pronunciarsi sulla propria competenza, declinandola a favore degli arbitri, ovvero dichiarandola e pronunciando nel merito: se si verifica tale ipotesi non può determinarsi alcun conflitto potenziale di giudicati, poiché le parti non procederanno, ovviamente, alla costituzione del collegio arbitrale sin quando non sia divenuta definitiva la pronuncia sulla competenza del giudice adito”. La motivazione è stata poi ripresa anche dalla successiva Cass. Civ., 7 aprile 1997 n. 3001.

⁽¹³¹⁾ In tal senso, CONSOLO Claudio, *ibidem*. Concorde con il presente rilievo VACCARELLA Romano, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1997, pp. 325 e ss.

⁽¹³²⁾ È riportata nel testo l’impostazione di VACCARELLA Romano, *ibidem*.

correttivo era dimostrata dall'argomentazione secondo cui la pretesa carenza di potere dell'autorità giudiziaria ordinaria – così come configurata dalla Suprema Corte –, in assenza di un dato normativo certo (essendo esclusa l'operatività dell'art. 39 c.p.c.), avrebbe trovato il proprio fondamento nell'esistenza stessa del collegio arbitrale – perdendo rilevanza il dato temporale relativo alla sua costituzione –. Detto collegio, in base al principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza, sarebbe stato l'unico legittimato ad accertare la sussistenza della propria potestà decisoria, rimanendo il giudice ordinario privo del relativo potere sin quando non fosse intervenuta una pronuncia declinatoria in sede arbitrale. Tuttavia, seguendo il filo del presente ragionamento, si obiettò che sarebbe stata utile anche una seconda integrazione, cioè la previsione di un termine oltre il quale la proposizione della domanda arbitrale non avrebbe prodotto carenza di potere in capo all'autorità giudiziaria ordinaria, poiché sembrava “*poco plausibile, infatti, che – magari quando il processo innanzi al giudice [era ndr] già in sede di impugnazione – la proposizione della domanda arbitrale [azzerasse ndr] tutto*” (^{133,134}).

(¹³³) Così LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Rivista dell'arbitrato*, op. cit., pp. 517 e ss.

(¹³⁴) Rilevava in proposito DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, pp. 408 e ss. come, nell'assenza di un limite temporale che limitasse l'effetto, in capo al giudice ordinario, della perdita della propria potestà decisoria in ordine alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, la descritta soluzione prospettata da VACCARELLA Romano, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, op. cit., presentasse dei lati oscuri: precisamente, l'Autore rilevava come sarebbe potuto in ipotesi avvenire che il giudizio arbitrale fosse instaurato anche successivamente alla pronuncia affermativa, da parte del giudice ordinario, della propria competenza. La parte che fosse rimasta insoddisfatta di tale pronuncia avrebbe potuto procedere all'impugnazione della pronuncia *de qua* (al fine di evitarne la definitività) ed al

Altra parte della dottrina osservava invece come la soluzione prospettata dalla Corte, per essere realmente coerente, avrebbe dovuto essere accolta non solo nell'ipotesi di avvenuta costituzione del collegio arbitrale – quand'anche si fosse perfezionata in un momento successivo all'instaurazione del giudizio ordinario, come da alcuni proposto – ma anche nelle ipotesi in cui il giudizio arbitrale *non* fosse stato instaurato, dovendo comunque ritenersi il giudice ordinario privato della propria potestà decisoria per effetto della stipulazione stessa dell'accordo derogatorio della propria competenza: *“in questa prospettiva, la convenzione di arbitrato [avrebbe costituito ndr] in sé requisito necessario e sufficiente per privare il giudice del potere di decidere non soltanto la controversia di merito, ma addirittura la questione dell'esistenza e validità dell'accordo compromissorio, senza necessità di una concreta messa in azione delle rispettive pretese mediante la proposizione della domanda arbitrale”* ⁽¹³⁵⁾.

Fu in secondo luogo posto in evidenza ⁽¹³⁶⁾ come la Corte consideri per

contempo dare impulso all'instaurazione del giudizio arbitrale sulla medesima domanda, così paralizzando la decisione del giudice ordinario, nella speranza di ottenere dagli arbitri una pronuncia di segno opposto. Per evitare questo distorto utilizzo dell'accordo compromissorio, già ritenuto invalido da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, sarebbe stato necessario *“vanificare la facoltà della parte di promuovere la costituzione del collegio arbitrale dopo la pronuncia dell'autorità giudiziaria ordinaria”*, considerando gli eventuali arbitri designati comunque vincolati alla pronuncia del giudice ordinario, almeno sino alla pronuncia del giudice dell'impugnazione cui la parte si fosse contemporaneamente rivolta. La descritta costruzione invero – come affermava l'Autore – appariva palesemente artificiosa e difficilmente realizzabile sul piano dello *ius conditum*.

⁽¹³⁵⁾ Citando testualmente DANOVI Filippo, *ibidem*, il quale avrebbe poi manifestato la propria opinione contraria all'accoglimento di una tale estrema proposta ricostruttiva.

⁽¹³⁶⁾ In particolare da CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 495.

regola l'eccezione di compromesso arbitrale come un'eccezione in senso stretto, non avvedendosi della conseguenza che, in mancanza di tempestiva proposizione della stessa, il giudizio ordinario sarebbe proseguito fino alla decisione di merito ed alle parti sarebbe rimasta possibile la contemporanea e parallela instaurazione del procedimento arbitrale, riproponendosi in tal modo il rischio, che si voleva debellare, di due pronunce contrastanti sul medesimo oggetto. Al fine di ovviare a tale inconveniente si era invocata la soluzione della rilevabilità *ex officio* della avvenuta costituzione dell'organo arbitrale ^(137,138), oppure la soluzione dell'introduzione, ad integrazione della Legge, di una disposizione normativa *ad hoc* che prevedesse che la mancata allegazione dell'eccezione di patto compromissorio equivalesse ad accettazione della giurisdizione ordinaria ^(139,140).

Ancora, venne rilevato come le deduzioni addotte dalla Corte a

⁽¹³⁷⁾ La presente proposta era stata avanzata da VACCARELLA Romano, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, op. cit., p. 332.

⁽¹³⁸⁾ Sosteneva in proposito DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 414 che nemmeno la attribuzione, *de iure condendo*, al giudice ordinario del potere di rilevazione *ex officio* dell'*exceptio compromissi* avrebbe potuto “*garantire funditus che il giudice [venisse ndr] edotto (dal materiale di causa) dell'esistenza dell'accordo compromissorio*”, così ripresentandosi il medesimo inconveniente (della parallela instaurazione e conseguente prosieguo di due giudizi – ordinario ed arbitrale, concernenti il medesimo oggetto – verso decisioni di merito potenzialmente contraddittorie) che con tale previsione si riteneva di poter debellare.

⁽¹³⁹⁾ L'introduzione di una tale disposizione era invocata in dottrina da VACCARELLA Romano, *ibidem*.

⁽¹⁴⁰⁾ Sul punto anche CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 495, riteneva che, altrimenti, il comportamento della parte che non avesse eccepito l'incompetenza dell'autorità giudiziaria non potesse “*ritenersi di per sé solo (a meno che non venga accompagnato da manifestazioni ben diversamente concludenti) una figura sintomatica di avvenuta rinuncia all'arbitrato*”.

giustificazione dell'introduzione della nuova regola di diritto da lei formulata non fossero in ogni loro passaggio condivisibili: in particolare, l'art. 395, n. 5, c.p.c., che prevedeva letteralmente l'ipotesi di revocazione di una sentenza a motivo della sua contrarietà ad altra pronuncia del giudice ordinario – per questo non utilizzabile nella disciplina delle relazioni tra giurisdizione ordinaria ed arbitri – era tuttavia ritenuto, da parte di una significativa parte della dottrina ⁽¹⁴¹⁾, ricomprendere – per effetto non di un'*analogia legis*, ma di interpretazione meramente estensiva della disposizione in parola ⁽¹⁴²⁾ – anche il caso della contrarietà di una sentenza ad un precedente lodo non più impugnabile, così permettendo il coordinamento – escluso dalla Corte – fra due pronunce eventualmente contrastanti.

Si osservava poi ⁽¹⁴³⁾ che la soluzione adottata dalla Corte – che individuava una circostanza di carattere temporale, onde farne discendere l'effetto della privazione, in capo al giudice ordinario, del potere di decidere sulla propria competenza – sarebbe risultata, sul piano applicativo, foriera di non pochi dubbi, data la sua poca chiarezza espositiva. Essa infatti sembrava considerare alla stessa stregua, come se si avverassero nello stesso momento, due circostanze ben distinte: la fase di inizio del procedimento arbitrale e la decisione degli arbitri sulla

⁽¹⁴¹⁾ In questo senso, TARZIA Giuseppe, *Conflitti fra lodi arbitrali e conflitti fra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 631 e ss. e RICCI Edoardo Flavio, *L'efficacia "vincolante" del lodo arbitrale dopo la Legge n. 25 del 1994*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 809 e ss., spec. p. 819.

⁽¹⁴²⁾ Consonante con la tale impostazione CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 494, secondo il quale "neanche per questo verso merita plaudire alla nuova lezione di questa giurisprudenza".

⁽¹⁴³⁾ Così GIACOBBE Daniela, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, op. cit., p. 2452.

propria competenza; mancava cioè, da parte della Corte, l'individuazione del *preciso momento* in cui il giudice ordinario avrebbe dovuto dichiarare improponibile od improcedibile l'azione innanzi a sé proposta.

Ma le obiezioni dotate di maggiore pregnanza ed efficacia demolitoria avverso l'impostazione giurisprudenziale in esame consistevano essenzialmente nella considerazione per cui un'operazione creativa di tale portata – come quella effettuata dalla Suprema Corte – non poteva trovare asilo sul piano dello *ius conditum* ⁽¹⁴⁴⁾. La riconduzione della questione della validità dell'accordo compromissorio a mera questione circa la legittimazione a decidere degli arbitri – per tale motivo solamente ad essi riservata – non sarebbe stata in alcun modo ammissibile, poiché la medesima questione rimaneva pur sempre anche *“una questione pregiudiziale per lo stesso giudizio ordinario, così necessariamente implicando la possibilità per il giudice di risolverla in senso affermativo (dichiarando l'inammissibilità dell'azione innanzi a lui proposta), ma altresì in senso negativo (per essere l'accordo compromissorio invalido o comunque estraneo al thema decidendum sub*

⁽¹⁴⁴⁾ In questo senso BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, p. 510, secondo il quale *“il principio per cui, instaurato il processo arbitrale, il giudice ordinario perderebbe il potere di conoscere della fondatezza di un'eccezione di patto compromissorio non può essere sostenuto senza una base normativa. [...] Un principio del genere può certamente essere codificato [...]. Ma, se esso non è codificato, è difficile affermarlo vigente, perché non se ne capisce la ragione sistematica fondante”*. L'Autore si spingeva anzi – come faceva la giurisprudenza francese prima della riforma del 1980 – sino alla considerazione secondo cui, dal momento che il giudice statale sul problema dell'esistenza e validità del patto compromissorio ha l'ultima parola, così come stabilito dall'art. 829 n. 1 c.p.c., *“pendendo contemporaneamente sulla stessa causa il processo statale e il processo arbitrale, se a uno dei due bisogna dare la prevalenza in ordine alla decisione sulla valida esistenza del patto compromissorio, essa va data al giudice statale”*.

iudice)”⁽¹⁴⁵⁾. In altre parole e sotto un diverso punto di vista⁽¹⁴⁶⁾, la mera assenza di rimedi, idonei a prevenire o a reprimere il potenziale conflitto fra due pronunce su di un medesimo oggetto, non sarebbe stata in grado di apportare una plausibile giustificazione alla sottrazione, al giudice ordinario, della cognizione sulla controversia ad esso sottoposta da una delle parti. In forza del principio – enunciato dalla Corte stessa – della *Kompetenz – Kompetenz*, secondo cui ogni giudice è giudice anzitutto della propria competenza, anche l’autorità giudiziaria ordinaria, pur adita successivamente all’instaurazione del giudizio arbitrale, avrebbe potuto (e dovuto) affermare o declinare, a seconda dei casi, la propria *potestas iudicandi* in relazione a quella medesima controversia⁽¹⁴⁷⁾.

Inoltre, si sottolineava la contrarietà della soluzione adottata dalla Corte rispetto ai principi generali dell’istituto arbitrale, in particolare rispetto al principio di necessaria volontarietà del ricorso a tale mezzo di risoluzione delle controversie: invero, se era stato affermato che “*solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatesi) sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione*”⁽¹⁴⁸⁾ e che il ricorso all’arbitrato deve essere frutto della

⁽¹⁴⁵⁾ Così testualmente, DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, op. cit., pp. 412-413.

⁽¹⁴⁶⁾ In questo senso GIACOBBE Daniela, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, op. cit., p. 2453.

⁽¹⁴⁷⁾ Secondo GIACOBBE Daniela, *ibidem*, la sottrazione al giudice ordinario della *potestas iudicandi* in ordine alla questione circa l’esistenza, validità e portata della convenzione di arbitrato sarebbe stata consentita solo qualora fosse stato stipulato un accordo compromissorio per arbitrato c.d. irrituale o libero – e non dunque nel caso di un arbitrato rituale – poiché “*in detta ipotesi le parti hanno già definito contrattualmente la questione come se fosse intervenuta una transazione*”.

⁽¹⁴⁸⁾ Si veda C. Cost. 9 maggio 1996 n. 152, in *Giustizia civile*, 1996, I, p. 2941.

volontà di tutte le parti – con conseguente illegittimità del riconoscimento, ad una sola di esse, del potere di precludere all'altra il ricorso al giudice statale –, affermare che l'autorità giudiziaria ordinaria dovesse dichiarare improponibile od improseguibile l'azione senza poter accertare, in concreto, se sussistesse la propria competenza, significava in sostanza negare alla parte che non avesse voluto l'arbitrato – assumendo l'invalidità, l'inesistenza dell'accordo compromissorio – il potere di adire il giudice ordinario a tutela delle proprie ragioni. Ed era ben vero che sarebbe stato consentito a questa stessa parte il ricorso all'impugnazione per nullità della pronuncia arbitrale – qualora avesse inteso censurarne l'illegittimità a causa di una pretesa assenza di potestà decisoria in capo agli arbitri –, ma tale soluzione, peraltro praticabile solamente in via successiva, non avrebbe condotto a risultati soddisfacenti: infatti, ove la Corte d'appello, adita in sede di impugnazione per nullità, avesse effettivamente rilevato l'insussistenza di un tale potere in capo agli arbitri, non avrebbe comunque potuto ridecidere la causa nel merito, dovendo la causa essere devoluta nuovamente e necessariamente alla cognizione del giudice ordinario di primo grado ⁽¹⁴⁹⁾.

Sulla base delle considerazioni sinora esposte, sembra consentito affermare che la disciplina giuridica, congegnata dalla Suprema Corte di Cassazione con le pronunzie in esame – che era pur mossa dal meritorio intento di fornire una regolamentazione alla fattispecie della contemporanea pendenza di due giudizi, ordinario ed arbitrale, concernenti il medesimo oggetto – non solo risultava bisognosa di

⁽¹⁴⁹⁾ Il presente rilievo era formulato da GIACOBBE Daniela, *ivi*, p. 2453.

numerosi aggiustamenti ed integrazioni per apparire interamente idonea ed utile allo scopo prefissatosi, ma anche all'esito degli accomodamenti suggeriti dalla dottrina, essa, come sopra visto, non appariva comunque né coerente con la sistematica dei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e l'arbitrato, così come delineata dal diritto positivo allora in vigore, né tanto meno si dimostrava in grado di soddisfare le più elementari esigenze di celerità e di economia processuale.

Sul piano dell'analisi comparatistica, giova – ai fini della completezza dell'indagine sinora svolta – far menzione di come l'impostazione giurisprudenziale inaugurata dalle pronunzie della Corte di Cassazione anzi esaminate ⁽¹⁵⁰⁾ paresse riecheggiare – pur non ricalcandola perfettamente ⁽¹⁵¹⁾ – la soluzione normativa che l'ordinamento francese ha apprestato ⁽¹⁵²⁾ – mediante la Novella al *Code de procédure civile*, attuata con il *Décret* 12 maggio 1981 n. 500 – alla problematica delle relazioni intercorrenti tra giudizio ordinario ed arbitrale, concernenti il medesimo oggetto.

⁽¹⁵⁰⁾ Ossia Cass. Civ., 8 luglio 1996 n. 6205 e Cass. Civ. 7 aprile 1997 n. 3001.

⁽¹⁵¹⁾ Così come rilevava LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, op. cit., p. 523.

⁽¹⁵²⁾ La Riforma del 1980, attuata con l'introduzione della normativa qui esaminata, costituì la risposta legislativa ad un consolidato, e molto criticato – dato lo sfavore che sembrava nutrire nei confronti del fenomeno arbitrale – orientamento giurisprudenziale secondo cui le contestazioni concernenti l'accordo arbitrale avrebbero dovuto trovare la loro sede esclusiva di soluzione nel contesto giurisdizionale – così negando, nei confronti degli arbitri, l'applicabilità del principio della *Kompetenz – Kompetenz*, oggi invece scolpito dall'art. 1466 c.p.c. francese – essendo gli arbitri tenuti, in attesa di tale decisione del giudice ordinario, a disporre la sospensione del procedimento innanzi a loro instaurato.

Segnatamente, dalla disamina dei due articoli a ciò dedicati dal Codice di rito francese ⁽¹⁵³⁾, si evince che sulle questioni relative alla validità ed efficacia dell'accordo compromissorio debbano pronunciarsi, in linea di principio, gli arbitri. Invero, la conoscibilità e trattazione, da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, di una controversia ricompresa in un accordo arbitrale è resa possibile solamente in presenza di “*due, ben limitative, condizioni*” ⁽¹⁵⁴⁾: qualora il procedimento arbitrale non abbia ancora avuto inizio quando la domanda sia proposta innanzi al giudice ordinario, e qualora la convenzione arbitrale appaia al giudice ordinario adito “*manifestement nulle*” ⁽¹⁵⁵⁾. Nel caso in cui invece l'instaurazione del giudizio arbitrale abbia già avuto corso o la convenzione di arbitrato non appaia manifestamente nulla, il giudice ordinario è tenuto a dichiarare per ciò solo la sua incompetenza, evitando di addentrarsi nella

⁽¹⁵³⁾ Ossia l'art. 1458, tuttora in vigore, il quale recita “*Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle – ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence*” e l'art. 1466, anch'esso vigente, il quale dispone che “*Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui – ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture*”.

⁽¹⁵⁴⁾ Citando testualmente CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 505, il quale si esprimeva intorno alla rarità, sul piano della concreta esperienza, della verifica delle condizioni previste dalla norma in esame, la quale avrebbe imposto frequenti declinatorie di competenza al giudice statale.

⁽¹⁵⁵⁾ La nozione di “manifesta nullità della convenzione di arbitrato” è fatta oggetto, da parte della dottrina e giurisprudenza dominanti, di interpretazione in senso estremamente restrittivo, riducendo la sua configurabilità ai casi di non consacrazione per iscritto dell'accordo arbitrale o di accordo arbitrale avente ad oggetto controversie vertenti su diritti sottratti alla disponibilità delle parti.

disamina delle questioni di validità, efficacia ed esatto ambito di applicazione, soggettivo ed oggettivo, della convenzione stessa.

Le similitudini con la soluzione adottata dalla Suprema Corte di Cassazione italiana sono molteplici: in primo luogo, la circostanza secondo cui la avvenuta instaurazione del procedimento arbitrale avrebbe privato l'autorità giudiziaria ordinaria del potere di conoscere la controversia e di pronunciarsi sulla esistenza e validità dell'accordo compromissorio; in secondo luogo, l'esclusiva spettanza del potere di esprimersi intorno a tale questione in capo agli arbitri, rimanendo il giudice ordinario estromesso dalle predette valutazioni.

La soluzione francese si differenzia invece dall'impostazione accolta dalle due esaminate pronunce della Suprema Corte italiana per il fatto che, anche in mancanza di domanda in sede arbitrale, al giudice risulta per lo più inibita in tutti i casi la disamina della questione della validità ed esatta portata dell'accordo compromissorio: *“l'interpretazione restrittiva del concetto di «manifesta nullità» sostanzialmente fa degli arbitri gli unici soggetti che possono decidere di tali questioni”* ⁽¹⁵⁶⁾. Per converso, la salvezza delle ipotesi di manifesta nullità è una clausola di salvaguardia che (ancora) non era affiorata negli indirizzi della nostra Suprema Corte.

⁽¹⁵⁶⁾ Citando testualmente LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, op. cit., p. 522.

4. *La natura privata dell'arbitrato come definita da Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 e da Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403: l'esclusione dell'applicabilità del regolamento di giurisdizione e competenza.*

Disattendendo il tradizionale e consolidato orientamento giurisprudenziale ⁽¹⁵⁷⁾ – già in precedenza esposto ⁽¹⁵⁸⁾, per il quale l'attività degli arbitri era ritenuta possedere natura giurisdizionale ⁽¹⁵⁹⁾ e

⁽¹⁵⁷⁾ Si Legge infatti nella sentenza qui esaminata, ossia Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 (parte motiva, punto 3.1) la cui motivazione è stata ripresa dalla successiva Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403, che *“queste Sezioni Unite hanno già affermato che le «modifiche apportate [dalla novella del 1994] agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 c.p.c. con l'eliminazione anche del nomen di sentenza arbitrale, che nel testo originario del codice, era attribuito al lodo dopo l'emanazione del decreto pretorile che lo dichiara esecutivo, sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti»; e che, di conseguenza, si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato, e, addirittura, di «organismi giurisdizionali» (v. sent. 24 maggio 1995, n. 5690, id., rep. 1995, voce cit., n. 134, e ord. 26 aprile 1996, n. 377, id., rep. 1997, voce Arbitrato, n. 108)”* e che la normativa introdotta dalla Novella di cui alla Legge 5 gennaio 1994 n. 25 avrebbe *“riconosciuto il c.d. diritto naturale dell'arbitrato, cioè una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un dictum di uno o più privati, che non siano giudici, reso su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto: in tal modo, il giudizio arbitrale, non dotato di ius imperii, ma basato solo sul consenso delle parti, è divenuto autonomo rispetto al giudizio civile ordinario”*. Si vedano in proposito anche le precedenti Cass. Civ., 14 gennaio 1999 n. 345; Cass. Civ., S.U., Ord. 26 aprile 1996 n. 377; Cass. Civ., S.U., 24 maggio 1995 n. 5690. Si vedano anche, quali pronunce confermatrice dell'orientamento in esame, tra le altre, Cass. Civ., S.U., 1 dicembre 2000 n. 1240; Cass. Civ., S.U., 5 dicembre 2000 n. 1251; Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403; Cass. Civ., S.U., 11 giugno 2001 n. 7858; Cass. Civ., 17 dicembre 2001 n. 15936.

⁽¹⁵⁸⁾ Si veda in proposito l'incipit del Par. 2.

⁽¹⁵⁹⁾ Sulla base della tesi c.d. del “convogliamento” nell'ambito del giudizio ordinario, mediante il giudizio di impugnazione del lodo per nullità ex art. 827 c.p.c., e mediante il controllo giurisdizionale della decisione arbitrale medesima in

valenza sostitutiva ⁽¹⁶⁰⁾ della funzione del giudice ordinario ^(161,162) –, la nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 3 agosto 2000 n. 527, ponendosi nel segno di una netta differenziazione – ed al contempo equiordinazione, quanto a dignità – tra l’attività di *ius dicere* di matrice statuale ed il fenomeno arbitrale, affermò la “*natura privata*” dell’arbitrato, definendolo “*ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale*” ⁽¹⁶³⁾.

Muovendo dal presupposto per il quale il procedimento arbitrale poggia “*sul consenso delle parti*” e considerando che “*la decisione proviene da*

sede di omologazione della stessa ex art. 825 c.p.c. –, l’arbitrato risultava inserito – ed al contempo alternativo – nell’ordinaria giurisdizione civile.

⁽¹⁶⁰⁾ Favorevoli “*all’impostazione classica*, [per la quale si veda CARNACINI Tito, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1958, pp. 879 e ss., spec. p. 881, nota ⁽¹⁾] di schietta e savia intonazione “*giurisdizionale*”, secondo cui gli arbitri rituali sono sostituiti del giudice ordinario nel senso che “*nell’esercizio e in forza di un potere procedente dalla Legge formulano il lodo come atto giuridico della loro volontà e non come rappresentanti di chi ha loro conferito l’incarico*”, CONSOLO Claudio – MURONI Raffaella, *L’eccezione di arbitrato rituale come eccezione “di merito” e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corriere giuridico*, 2001, pp. 1448 e ss., spec. p. 1455, nota ⁽⁷⁾. Rilevavano infatti gli Autori che, “*se la funzione decisoria [degli arbitri ndr] non derivasse ex lege e non fosse quella contenutisticamente delineata dagli artt. 2907 e 2908 c.c., non si riuscirebbe a spiegare l’ammissibilità di domande arbitrali e di lodi di natura costitutiva, di cui si è riconosciuta con la novella del 1994 la trascrivibilità, soprattutto nei casi in cui la tutela costitutiva non è pienamente surrogabile dall’autonomia privata ed oltretutto governata dal principio di tassatività ex art. 2908 c.c.*”.

⁽¹⁶¹⁾ Per essere i poteri decisorii degli arbitri – il cui lodo, una volta reso esecutivo dal Pretore, equivaleva ad una sentenza avente efficacia esecutiva – posti su un piano sostitutivo di quelli del giudice ordinario, così come dato atto dalla sentenza in esame, Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 (parte motiva).

⁽¹⁶²⁾ Con l’immediata conseguenza che lo stabilire se una controversia appartenesse alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configurava come questione di competenza, e lo stabilire se una controversia appartenesse alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario – e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali – ovvero a quella del giudice amministrativo configurava, invece, una questione di giurisdizione.

⁽¹⁶³⁾ Citando testualmente Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 (parte motiva).

soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale d'imperio" (¹⁶⁴), la Corte di legittimità rilevava come il giudizio ordinario e quello arbitrale si trovassero in un rapporto reciprocamente antitetico, costituendo l'uno la negazione dell'altro (^{165,166}), e come, proprio in ragione della natura privata del procedimento che l'aveva formata, la decisione arbitrale possedesse un'esclusiva natura di atto

(¹⁶⁴) Citando testualmente Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 (parte motiva).

(¹⁶⁵) La Suprema Corte, invero, superava le argomentazioni, addotte da una dottrina a suo dire minoritaria, a sostegno dell'opposta tesi della natura giurisdizionale dell'istituto arbitrale: rilevava infatti che la presenza, nel lodo, degli elementi costitutivi ed ontologici della sentenza pronunciata dagli organi giurisdizionali dello Stato non sarebbe stata in grado di provarne la natura giurisdizionale, dal momento che l'ordinamento positivo annoverava, oltre al lodo, altre forme di composizione delle liti che comportavano sia un accertamento, sia una declaratoria delle conseguenti obbligazioni delle parti – ma che per questo non dismettevano la qualifica di atti di natura privata; in secondo luogo la Corte osservava come l'operazione di "processualizzazione" del procedimento arbitrale – ossia la fissazione, ad opera della Legge, del regime formale del giudizio arbitrale e del lodo – non comportasse necessariamente la sua "giurisdizionalizzazione"; infine, notava la Corte, il rilievo che, per Legge, il lodo era dotato di tutti o di taluno degli effetti della sentenza pronunciata dai giudici dello Stato, non era determinante ai fini della qualificazione in un senso, piuttosto che in un altro, del fenomeno arbitrale.

(¹⁶⁶) Rilevava RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 259 e ss., come la tesi della attribuzione al lodo degli effetti di decisione giudiziaria, qualificata dalla Suprema Corte come "minoritaria", era in realtà quella condivisa dai più, fra i quali si annoveravano, peraltro non esaustivamente, TARZIA Giuseppe, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 631 e ss; MANDRIOLI Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, Milano, 2000, pp. 463 e ss; MONTESANO Luigi, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 822 e ss; CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Bologna, 1994, pp. 118 e ss; LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, p. 353; RUBINO SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994, p. 504; BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 506 e ss; BRIGUGLIO Antonio, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la Legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994*, in *Giustizia civile*, 1994, II, pp. 295 e ss.

negoziale ⁽¹⁶⁷⁾, che altresì rimaneva inalterata pur a seguito del conferimento, *a posteriori*, degli effetti propri della sentenza ⁽¹⁶⁸⁾.

Correlativamente, le convenzioni aventi ad oggetto la devoluzione di una controversia alla cognizione arbitrale si configuravano quali accordi di *“rinuncia all’azione giudiziale e alla giurisdizione dello Stato, nonché manifestazione d’una opzione per la soluzione della controversia sul*

⁽¹⁶⁷⁾ In ragione della attribuzione alla decisione arbitrale di un’esclusiva natura di “atto negoziale”, la Suprema Corte – con la pronuncia Cass. Civ., 27 novembre 2001 n. 15023 – aveva avuto modo di ritenere inapplicabile al lodo rituale il principio della rilevabilità *ex officio* del giudicato (anche) esterno – affermato per la prima volta in via generale con la sentenza Cass. Civ., 25 maggio 2001 n. 226, in *Foro italiano*, 2001, I, 2810 e ss. – affermandone la rilevabilità esclusivamente ad istanza di parte. In proposito, però, RICCI Edoardo Flavio, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 1239 e ss., spec. 1239-1240, osservava come, anche volendo accedere alla tesi sulla “natura negoziale” del lodo arbitrale, si sarebbe dovuti pervenire all’opposta conclusione della rilevabilità *ex officio* del lodo rituale non più soggetto ad impugnazione: premettendo che non esiste una disciplina apposita per le eccezioni fondate su contratto, dovendosi invece indagare caso per caso sull’eccezione alla quale il contratto può dare fondamento, non sarebbe stato poi difficile rilevare come, ad esempio, non vi sarebbe stata la necessità di apposita istanza del convenuto per constatare che in base ad un contratto il diritto fatto valere dall’attore si è estinto (ad esempio per rinuncia o per intervenuto adempimento); sulla scorta di tali considerazioni, l’Autore giungeva dunque ad affermare: *“ho il sospetto che il contratto faccia sorgere nella stragrande maggioranza dei casi eccezioni rilevabili d’ufficio. L’affermazione di carattere generale compiuta dalla sentenza non deve dunque piacere nemmeno a coloro, che sono disposti a sottoscrivere la premessa sulla «natura negoziale» del lodo arbitrale”*.

⁽¹⁶⁸⁾ Affermava infatti la Corte che *“l’attribuzione al lodo, a posteriori, di effetti propri della sentenza non [poteva ndr] incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale e, a fortiori, sulla costruzione del giudizio arbitrale quale giudizio privato; e [poteva ndr] essere intesa solo quale attribuzione quoad effectum che [lasciava ndr] inalterata la natura originaria”*. A sostegno di questa sua impostazione citava anche C Cost. 12 febbraio 1963 n. 2, la quale aveva affermato che *“il decreto pretorile [ex art. 825 c.p.c.] [conferiva ndr] al lodo l’efficacia e non la natura di sentenza, in modo che [mancava ndr] nell’arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli pronunciati dalla potestà del giudice”*.

piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati" ⁽¹⁶⁹⁾. Si giungeva così ad escludere che i contrasti sulla deferibilità ad arbitri rituali di controversie ritenute devolute alla competenza del giudice ordinario ovvero alla cognizione del giudice amministrativo avrebbero determinato rispettivamente l'insorgenza di questioni di competenza e/o di giurisdizione, risolubili attraverso la proposizione del regolamento di competenza ⁽¹⁷⁰⁾ e/o di giurisdizione ^(171,172), e ad affermare che essi

⁽¹⁶⁹⁾ Citando testualmente Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 (parte motiva).

⁽¹⁷⁰⁾ Cass. Civ., 1° febbraio 2001 n. 1403, affermava al riguardo: *"È dunque escluso che la questione prospettata [...] possa essere proposta col regolamento (necessario o facoltativo) di competenza, che è un mezzo processuale esperibile limitatamente alle questioni di competenza riconducibili allo schema di cui all'art. 38 del codice di rito"*.

⁽¹⁷¹⁾ Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527, affermava al riguardo: *"rimane automaticamente escluso, di conseguenza, che siffatta questione possa essere proposta con il regolamento di giurisdizione di cui all'art. 41 C.p.c., essendo, questo, un mezzo processuale che – stante anche la sua natura straordinaria ed eccezionale – può essere esperito con limitato riferimento alle questioni di giurisdizione (in senso tecnico – giuridico) riconducibili al paradigma di cui all'art. 37 C.p.c."*.

⁽¹⁷²⁾ Rilevava in proposito RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., come la Corte di Cassazione, ponendosi la problematica relativa alla natura del fenomeno dell'arbitrato rituale, in realtà si fosse interrogata, in relazione alla tematica della ammissibilità od inammissibilità del regolamento di giurisdizione, su un problema non pertinente: argomentava in proposito l'Autore: *"supponiamo di ritenere che all'arbitrato debba essere riconosciuta «natura non privata» e che il lodo abbia «natura» diversa da quella «negoziale» [...]. È forse lecito dedurre allora che il regolamento di giurisdizione è ammissibile? Davanti agli arbitri no, perché l'arbitro non è comunque un giudice togato, mentre il regolamento di giurisdizione è stato previsto soltanto come strumento di coordinamento tra l'attività di due diversi ordini di giudici togati (quello civile e quello amministrativo); ed ugualmente no in sede di impugnazione del lodo, perché una decisione di merito già è stata pronunciata dagli arbitri e i problemi di giurisdizione attengono al merito del gravame"*. Rilevava invece FAZZALARI Elio, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, pp. 704 e ss. che *"la inammissibilità del regolamento era già ritenuta dalla pregressa giurisprudenza, sotto il riflesso che il riparto di giurisdizione fra arbitro e giudice amministrativo – contemplato in base all'assunto della giurisdizionalità*

avrebbero comportato piuttosto la prospettazione di questioni attinenti al merito ^(173,174), in quanto direttamente inerenti alla validità o

dell'arbitrato – non è sottoponibile a regolamento di giurisdizione, né in corso del processo arbitrale,[...] né in pendenza del giudizio di nullità del lodo, [...].Che, pur pervenendo alla stessa conclusione, le Sezioni Unite abbiano ora sviscerato il problema conferma il loro bisogno non soltanto di offrire una motivazione corretta, ma anche, e specialmente, di cogliere l'occasione per fare il punto in apicibus sulla natura dell'arbitrato”.

⁽¹⁷³⁾ La sentenza in esame, ossia Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527, escludeva infatti che *“la questione avente ad oggetto la deferibilità ad arbitri di una controversia che l'ordinamento positivo attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, [determinasse ndr] l'insorgere di una questione di riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e speciali dello Stato”.* Affermava anche che *“nella stessa prospettiva, poi, si [doveva ndr] anche escludere che la contestazione, nel corso del giudizio arbitrale, della capacità degli arbitri di conoscere una controversia per essere la stessa devoluta alla giurisdizione (di legittimità od esclusiva) del giudice amministrativo, [potesse ndr] essere qualificata quale questione di giurisdizione in senso proprio e, ove accolta, [determinasse ndr] il difetto di giurisdizione, in senso tecnico – giuridico, degli arbitri, una volta che, come s'è detto, questi non esercitano funzioni giurisdizionali, né sono giudici”.* A detta della Corte, *“quella contestazione, invece si [configurava ndr] quale eccezione di nullità del compromesso (o della clausola compromissoria) e del patto derogatorio della giurisdizione consacrato in questi atti, a cagione della non deferibilità ad arbitri della controversia: dunque, quale questione di merito”.* Sul punto rilevava però BOVE Mauro, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 247 e ss. come la Suprema Corte, nella sentenza in esame, avesse offerto una *“motivazione interamente fondata su un equivoco”*: nel caso sottopostole, per vero, essa doveva pronunciarsi sulla legittimità di un regolamento di giurisdizione proposto durante un giudizio di impugnazione per nullità del lodo. Nel contesto di detto giudizio, di regola, la questione relativa alla valida esistenza di un patto compromissorio risulta essere attinente al merito, in quanto il merito del giudizio, instaurato di fronte alla Corte d'appello al fine di ottenere l'annullamento del lodo, è appunto, almeno in prima battuta, relativo all'accertamento di uno o più motivi di invalidità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c., tra i quali, al n. 1, si annovera il motivo della nullità del patto compromissorio. *“Di conseguenza la Corte di cassazione non aveva alcun bisogno di svolgere il ragionamento, che pur ha svolto, per giungere a negare l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione erroneamente proposto in quel contesto, perché non era messa in gioco la giurisdizione del giudice adito con l'impugnativa del lodo, ma era messa in discussione una questione che il giudice adito doveva risolvere per rispondere nel merito della domanda di colui che aveva impugnato il lodo”.* L'equivoco individuato

all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria⁽¹⁷⁵⁾.

Con riguardo alle descritte posizioni assunte dalla Suprema Corte, numerose sollecitazioni critiche furono formulate dalla dottrina del

dall'Autore nel ragionamento della Suprema Corte consisteva dunque nell'aver trasferito in un contesto completamente diverso – qual è quello che si delinea allorché una parte, nonostante la stipula di un accordo compromissorio, sottoponga alla cognizione del giudice ordinario la trattazione della controversia – l'affermazione secondo la quale l'eccezione di patto compromissorio sollevata dalla controparte nel corso di tale giudizio ordinario sarebbe stata qualificabile quale eccezione attinente al merito: il merito del giudizio instaurato innanzi al giudice ordinario, al contrario, avrebbe riguardato il rapporto sostanziale contemplato dal patto compromissorio e non – come voleva la Corte – la questione della valida esistenza del patto compromissorio stesso.

⁽¹⁷⁴⁾ La cui decisione sarebbe stata soggetta solamente alla proposizione delle ordinarie impugnazioni dell'appello e del ricorso per Cassazione.

⁽¹⁷⁵⁾ Seguendo l'orientamento delle Sezioni Unite qui esposto, si doveva dunque ritenere che l'eccezione di compromesso innanzi al giudice statale, avendo natura sostanziale, costituisse un'eccezione di merito – secondo la prevalente giurisprudenza (per la quale si vedano, tra le altre, Cass. Civ., 1 febbraio 2001 n. 1403, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 1107 e ss.; Cass. Civ., 24 aprile 2001 n. 6007, in *Foro italiano*, Rep. 2001, voce *Competenza civile*, n. 207; Cass. Civ., 8 agosto 2001 n. 10925, in *Giustizia civile*, 2002, I, pp. 71 e ss.; Cass. Civ., 4 giugno 2001 n. 7533, in *Corriere giuridico*, 2001, pp. 1448 e ss.) *non rilevabile d'ufficio* – e soggetta al termine preclusivo di cui all'art. 180, comma II, c.p.c., nella formulazione allora in vigore. Sul punto TOTA Gabriella, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in www.judicium.it, la quale poneva in luce la scarsa condivisibilità della tesi della irrilevanza *ex officio* dell'eccezione di compromesso: l'Autrice rilevava infatti come, non avendo il legislatore dettato una disciplina specifica per le eccezioni derivanti da contratto, si sarebbe dovuto di volta in volta stabilire a quale tipo di eccezione il negozio stipulato dalle parti desse origine. Nel caso in cui fosse stato stipulato un patto compromissorio, sarebbe apparso opportuno – pur essendo le parti libere di non avvalersi della clausola compromissoria stipulata (rinunciandovi anche tacitamente) – riconoscere in capo al giudice il potere di rilevazione *ex officio* dell'esistenza dell'accordo compromissorio, qualora fosse in qualsiasi modo affiorata dagli atti del processo, finché non fosse stata posta nel nulla dalle parti contraenti. Infatti, in mancanza della possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'esistenza del patto compromissorio e nell'assenza di tempestiva proposizione della relativa eccezione da parte del convenuto, si sarebbe concretato il rischio della formazione di giudicati contrastanti sulla medesima *res controversa*.

tempo, la quale pose in evidenza la scarsa coerenza delle motivazioni addotte dalla Corte e le poco convenienti conseguenze applicative che la concreta attuazione della tesi circa la natura privata dell'arbitrato, e la conseguente natura negoziale del lodo, avrebbe comportato.

Segnatamente, si osservò come risultasse ardua la comprensione dell'affermazione secondo cui la decisione arbitrale, pur essendole attribuiti *a posteriori* effetti di sentenza, potesse conservare la propria natura di atto negoziale: poiché – si affermava – “*la natura di un qualsiasi atto è sempre e per definizione quella determinata dai suoi effetti*”, affermare che un atto ha natura negoziale equivale ad affermare che i suoi effetti sono quelli di un negozio ⁽¹⁷⁶⁾. Nemmeno la deduzione della Corte in virtù della quale la “natura negoziale” del lodo era da ascrivere alla “natura privata” del procedimento arbitrale appariva degna di condivisione: sembrava evidente invece che gli arbitri, pur essendo dei privati, erano perfettamente in grado di formare atti giuridici con effetti di sentenza ogniqualevolta l'ordinamento lo imponesse o lo concedesse loro, non sussistendo nessun “*ostacolo di carattere ontologico*” ⁽¹⁷⁷⁾ a che ciò si potesse verificare. Ed anche l'argomentazione addotta dalla Corte, secondo cui, non costituendo la c.d. “processualizzazione”

⁽¹⁷⁶⁾ Tale osservazione era da ascrivere a RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 260, in cui l'Autore proseguiva: “*chi la pensa diversamente dovrebbe spiegare (come la Corte non fa, né fanno le fonti da essa citate) in quale diverso senso l'espressione «natura» dovrebbe essere (o viene effettivamente) impiegata, se riferita agli atti giuridici*”. Ribadiva i suoi rilievi in *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, op. cit., pp. 1239 e ss. ed in *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, pp. 557 e ss., spec. pp. 559-560.

⁽¹⁷⁷⁾ Per mutare un'espressione di RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 262.

dell'arbitrato indice univoco e chiarificatore dell'avvenuta "giurisdizionalizzazione" dello stesso ⁽¹⁷⁸⁾, sarebbe stato invece legittimo dedurne la natura privata del fenomeno arbitrale, non andava esente da critiche: l'aver dotato il procedimento arbitrale delle garanzie fondamentali del processo giurisdizionale, da un punto di vista puramente logico, non avrebbe potuto orientare l'interprete né nel senso della attribuzione al fenomeno arbitrale di una natura giurisdizionale, né – come sosteneva "*sbrigativamente*" ⁽¹⁷⁹⁾ la Corte – nel senso della attribuzione di una natura negoziale: la motivazione a sostegno dell'una o dell'altra tesi avrebbe dovuto essere ricercata piuttosto nel diritto positivo ed in ragioni di carattere sistematico.

Invero, le argomentazioni contrarie alla tesi enunciata dalla Suprema Corte – che sembrava concordare con l'opinione che attribuiva al lodo inizialmente effetti di negozio giuridico, salvo poi dividersi in merito al se l'omologa giudiziale si limitasse ad aggiungervi l'effetto della costituzione di un titolo esecutivo ⁽¹⁸⁰⁾ ovvero li trasformasse in effetti di sentenza ⁽¹⁸¹⁾ –, ed a favore dell'attitudine del lodo arbitrale rituale a produrre *sin dalla sua emanazione* gli effetti di sentenza giudiziaria, erano molto numerose. In primo luogo, veniva in considerazione la disposizione di cui all'art. 829, comma I, n. 8, c.p.c., la quale tacciava di

⁽¹⁷⁸⁾ Esposta da Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527 (parte motiva, al n. 3.2, lett. b).

⁽¹⁷⁹⁾ Citando testualmente l'espressione usata da RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 262, nota ^(4-bis).

⁽¹⁸⁰⁾ Come sostenuto da PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, pp. 81 e ss.

⁽¹⁸¹⁾ Come sostenuto da FAZZALARI Elio, in BRIGUGLIO Antonio – FAZZALARI Elio – MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, pp. 162 e ss.

nullità il lodo che fosse “*contrario a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti*”. Se davvero si fosse voluto accedere alla tesi che attribuiva al lodo, al momento della sua emanazione, effetti meramente negoziali anziché quelli propri di una sentenza, non si sarebbe compresa la ragione per la quale ad un lodo avente gli effetti di un negozio non sarebbe stato consentito – come invece di regola accade – prevedere una diversa regolamentazione di interessi rispetto a quella fissata da precedente sentenza: il dovere di rispettare un precedente giudicato giudiziario, pertanto, sarebbe risultato coerente solo nell’ottica della qualificazione del lodo in termini di “equivalente, quanto ad effetti, di una decisione giudiziaria” ^(182,183).

⁽¹⁸²⁾ L’osservazione era stata formulata da RICCI Edoardo Flavio, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, op. cit., p. 1242.

⁽¹⁸³⁾ L’opposto versante dottrinale, nello specifico PUNZI Carmine, *Natura dell’arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giustizia civile*, 2003, pp. 720 e ss., ebbe però modo di replicare alla presente osservazione critica, argomentando a partire dalla stessa formulazione normativa dell’art. 829, comma I, n. 8, c.p.c. L’Autore affermava infatti che l’operazione che aveva condotto all’attribuzione al lodo di effetti di sentenza – muovendo dal presupposto per il quale nessun negozio avrebbe dovuto soggiacere al rispetto di una precedente sentenza passata in giudicato – aveva in verità richiamato a sostegno della propria tesi l’art. 829, comma I, n. 8, c.p.c., mutilandolo di parte del suo contenuto dispositivo, proprio nel segmento normativo che avrebbe consentito di affermare invece la negazione dell’equiparazione tra lodo e sentenza. Essendo l’impugnativa per nullità prevista non solo per il caso in cui il lodo sia contrario a precedente *sentenza passata in giudicato* ma anche per il caso in cui la contrarietà venga ravvisata con riguardo a precedente *lodo non impugnabile*, la dottrina in esame affermava che, se due diverse espressioni linguistiche erano state usate dal legislatore per designare il passaggio in giudicato della sentenza e la non impugnabilità del lodo, ci si trovava di fronte ad un chiaro sintomo della diversa qualificazione giuridica che l’ordinamento aveva inteso attribuire ai due atti: il lodo, quale atto di autonomia privata, non era dunque idoneo alla formazione della cosa giudicata, bensì, in relazione ad esso, si sarebbe potuta predicare la sola non impugnabilità. Un’ulteriore replica contro la tesi che intendeva attribuire al lodo, sin dalla sua emanazione, effetti di sentenza, poteva rinvenirsi nella previsione secondo la quale

In secondo luogo, ulteriori indici della non accoglibilità della tesi prospettata dalla Corte si rinvenivano in tutte quelle norme che intendevano disciplinare le possibili relazioni tra il procedimento arbitrale ed il giudizio ordinario ⁽¹⁸⁴⁾: volendo accedere alla tesi della

il giudicato derivante da precedente sentenza e la vincolatività del precedente lodo non operano nel giudizio arbitrale se non viene dedotta, nel corso di tale giudizio, la relativa eccezione: confrontando la presente disciplina con il corrispondente regime della revocazione delle sentenze per contrarietà a precedente giudicato – ex art. 395 n. 5 c.p.c. possibile solo se il giudice non abbia pronunciato sulla relativa eccezione –, e rilevandone le differenze, sarebbe stato agevole affermare che proprio tali dissomiglianze segnavano un netto distacco fra arbitrato e giudizio ordinario, nonché tra lodo e sentenza. La diversità poi sarebbe apparsa ben più profonda, considerando che nel giudizio civile ordinario l'eccezione di giudicato interno ed esterno è rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità. In proposito si aveva dunque buon gioco nell'affermare che *“le parti come possono modificare gli effetti del giudicato con transazione ad hoc, così possono addirittura compromettere in arbitri una controversia, anche se è già stata definita con sentenza, passata in giudicato. Viceversa le parti, anche se concordi, non possono certamente chiedere al giudice ordinario di ignorare il precedente giudicato e pretendere che giudichi ex novo sulla stessa controversia”*. In proposito al regime dell'*exceptio rei per arbitratum finitae* si veda Cass. Civ., 27 novembre 2001 n. 15023, con nota di MENCHINI Sergio, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non più impugnabile*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 287 e ss., la cui massima recita: *“Il principio della rilevanza “ex officio” del giudicato (anche) esterno (risultante da atti prodotti nel giudizio di merito), non è riferibile al lodo arbitrale, che resta atto, invece, negoziale, riconducibile al “dictum” di soggetti privati, la cui natura originaria non è immutata dall'attribuzione a posteriori degli effetti della sentenza”*.

⁽¹⁸⁴⁾ Tale osservazione era riconducibile a RICCI Edoardo Flavio, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, op. cit., pp. 1243-1244, in cui si leggeva: *“Tutte le norme in questione, nessuna esclusa, sono il frutto dell'emergere di fronte al legislatore del problema, se ed entro quali limiti la relazione tra l'arbitrato e il processo togato meriti una disciplina; e ciò non avrebbe senso, se il legislatore non avesse pensato all'arbitrato come all'equivalente del processo togato dal punto di vista dei risultati”*. A titolo esemplificativo l'Autore dunque citava l'art. 819, comma I, c.p.c., che prevedeva la sospensione del giudizio arbitrale all'insorgenza di una questione pregiudiziale non compromettibile; l'art. 819, comma II, c.p.c., che imponeva agli arbitri di risolvere tutte le controversie insorte nel giudizio arbitrale escludendo così, come ritenuto da una certa interpretazione, l'applicabilità, nei rapporti fra arbitrato e giurisdizione

attribuzione al lodo di natura – e quindi di effetti ⁽¹⁸⁵⁾ – negoziali, si sarebbe, ad esempio, caduti nell’assurda concezione di un lodo – negozio la cui formazione sarebbe potuta incorrere nella fattispecie della sospensione per pregiudizialità di questione non compromettibile (così come stabilito dall’art. 819, comma I, c.p.c.), ed in relazione al quale il legislatore si sarebbe posto (all’art. 819 *bis* c.p.c.) il problema della connessione con un procedimento giudiziale. Tali previsioni normative non avrebbero invero trovato coerenza sistematica se non nella prospettiva dell’attribuzione alla decisione arbitrale, sin da subito e cioè dal momento della sua emanazione, degli effetti di sentenza ^(186,187).

Si è invocato al riguardo anche l’avvenuto riconoscimento, da parte del

ordinaria, della sospensione necessaria per pregiudizialità di cui all’art. 295 c.p.c.; ed infine l’art. 819 *bis* c.p.c. che disciplinava la reciproca indipendenza dei procedimenti arbitrale ed ordinario, i cui oggetti fossero legati da un vincolo di connessione.

⁽¹⁸⁵⁾ Secondo la tesi di RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell’arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 260, per la quale si veda, in questo Paragrafo, la nota ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ I summenzionati rilievi venivano formulati anche da TOTA Gabriella, *Ancora sulla natura dell’eccezione di compromesso (e sull’ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, op. cit., la quale affermava che “*tali norme costituiscono chiaro indice della intentio legislativa di realizzare un coordinamento tra arbitrato e processo ordinario, o quanto meno, di garantirne lo svolgimento su un piano di parità e reciproca indipendenza; esse, dunque, sembrano postulare l’equivalenza funzionale tra processo arbitrale e processo togato, mentre sarebbero difficilmente giustificabili in una prospettiva esclusivamente negoziale dell’arbitrato*”.

⁽¹⁸⁷⁾ L’opposto versante dottrinale, nello specifico PUNZI Carmine, *Natura dell’arbitrato e regolamento di competenza*, op. cit., pp. 720 e ss. ebbe modo di replicare anche al presente rilievo, affermando che i rapporti tra l’arbitrato e la giurisdizione ordinaria sarebbero stati presi in considerazione dalle predette disposizioni del Codice di rito “*proprio al fine di delineare l’ambito entro il quale gli arbitri, coerentemente con i limiti dell’autonomia dei privati, nei quali va ritrovata la fonte e la legittimazione del loro potere, possono svolgere la loro attività ed esercitare le loro funzioni*”.

giudice delle leggi ⁽¹⁸⁸⁾ del potere/dovere in capo al collegio arbitrale di sollevare questioni incidentali di legittimità costituzionale delle norme di diritto applicabili al caso da risolvere. La pronunzia, va dato atto, si esimeva dal prendere posizione esplicita circa la natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo ⁽¹⁸⁹⁾; tuttavia essa veniva valutata quale indice militante a sostegno della teoria contraria a quella sostenuta dalla Corte di Cassazione. Per vero, immaginare che un tale potere/dovere fosse compatibile con l'attività di chi avrebbe potuto formare tra le parti un prodotto equivalente, quanto ad effetti, ad un contratto, sarebbe stato ben arduo: dovendosi considerare che, di regola, per la regolamentazione dei propri interessi per via contrattuale, le parti non sono tenute (in materia disponibile) ad attenersi al regime dettato dalla Legge – ben potendosene discostare, costituendo il contratto il precipuo mezzo predisposto a tal fine – né ad indagare la dubbia costituzionalità delle norme di diritto

⁽¹⁸⁸⁾ Si fa qui riferimento alla ben nota C. Cost., 28 novembre 2001 n. 376, con nota di DANOVI Filippo, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della Legge*, in *Giustizia civile*, 2002, pp. 471 e ss., (già commentata, tra gli altri, da VACCARELLA Romano, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, *Giustizia civile*, 2001, I, pp. 2887 e ss.; BRIGUGLIO Antonio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, pp. 664 e ss.; RUFFINI Giuseppe, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001 n. 376)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pp. 263 e ss.; RICCI Edoardo Flavio, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 351 e ss.).

⁽¹⁸⁹⁾ Come rilevava anche Cass. Civ., Ord. S.U., 15 giugno 2002 n. 9281, in cui si affermava: “non è dato in effetti rinvenire, in quella pronuncia, alcuna esegesi delle disposizioni sull'arbitrato rituale in contrasto o difforme da quella che è venuta consolidandosi nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità” aggiungendo che “nella sentenza 376/01, il giudice delle leggi dichiaratamente infatti, evita di “addentrarsi nella complessa tematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato””.

eventualmente applicabili al loro caso; non vi erano ragioni, dunque, affinché ciò potesse essere richiesto per l'eventualità in cui le parti avessero demandato ad un terzo la "sistemazione negoziale" della controversia tra loro insorta ⁽¹⁹⁰⁾.

Sul piano poi delle conseguenze applicative che la concezione della decisione arbitrale quale atto negoziale avrebbe comportato nella sua concreta attuazione, la dottrina rilevava come la stessa attribuzione al lodo di effetti negoziali avrebbe comportato, per il suo riconoscimento in altri Paesi, serie difficoltà ⁽¹⁹¹⁾. L'applicazione della Convenzione di New York del 1958, concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, richiedeva infatti che il lodo possedesse, nella sua sostanza e non solo nel *nomen* attribuitogli, le caratteristiche di un "award" o "sentence arbitrale" ^(192,193), e che detto "award"

⁽¹⁹⁰⁾ Tale osservazione era compiuta da RICCI Edoardo Flavio, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Rivista di diritto processuale*, op. cit., pp. 557 e ss., spec. pp. 564 e ss. secondo il quale: "La regola affermata dalla Corte Costituzionale ci dice che l'arbitro può comportarsi come un giudice togato: il che ci conduce a pensare con un elevatissimo grado di probabilità (in diritto la necessità logica non esiste) che il risultato dell'arbitrato (lodo) sia l'equivalente del risultato del processo togato (sentenza) dal punto di vista degli effetti. [...]. Certo, chi preferisce risolvere i problemi sulla base di una presa di posizione a priori sulla «natura giuridica» (pubblica o privata) dell'arbitrato si pone su un terreno, che non ha niente a che vedere con quel lavoro di presa d'atto delle regole concrete come di sintomi orientativi, nel quale si sostanzia l'opera dell'interprete".

⁽¹⁹¹⁾ Le osservazioni che seguono sono state sollevate da RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., pp. 272 e ss.

⁽¹⁹²⁾ Rilevava RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, *ivi*, come la Corte Federale tedesca, *Bundesgerichtshof*, 8 ottobre 1981, causa *Comitas c. S.O.V.A.G.*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 1224, ed in *Yearbook Commercial Arbitration* (per estratto, in lingua inglese), 1983, pp. 367-368, negasse che il lodo con effetti negoziali costituisse un vero e proprio "award" (riconoscibile in forza della Convenzione di New York) affermando che, "se [mancavano ndr] gli effetti della

presentasse il connotato della vincolatività ⁽¹⁹⁴⁾: se dunque il lodo rituale fosse stato fornito di effetti solo negoziali ⁽¹⁹⁵⁾, in relazione ad esso si sarebbero estese quelle stesse problematiche che da tempo affliggevano – rendendola impossibile – la circolazione presso Paesi stranieri del lodo irrituale ^(196,197).

decisione giudiziaria ed [erano ndr] presenti gli effetti di un negozio, non si [sarebbe stati ndr] in presenza di un lodo arbitrale vero e proprio ma di qualcosa d'altro: per l'appunto un puro e semplice negozio giuridico, la cui circolazione non [aveva ndr] niente a che vedere con la circolazione dei lodi arbitrali".

⁽¹⁹³⁾ Le locuzioni qui menzionate sono contenute nei testi ufficiali della Convenzione, redatta nelle lingue inglese, francese e spagnolo. La traduzione italiana che si avvale del termine "lodo" o "lodo arbitrale" non deve trarre in inganno: tale denominazione, benché usata in Italia per designare anche il prodotto decisorio degli arbitri irrituali, non autorizza a ritenere che tutte le ipotesi di risoluzione delle controversie mediante la determinazione di un terzo rientrino nell'ambito di applicazione della Convenzione.

⁽¹⁹⁴⁾ Così come stabilito dalla Convenzione in esame, all'art. V, n. 1, lett. e), la quale nella versione ufficiale in lingua inglese prevede che il lodo debba essere "binding", ossia "vincolante".

⁽¹⁹⁵⁾ Qualora invece si fosse voluto accedere alla tesi di FAZZALARI Elio, in BRIGUGLIO Antonio – FAZZALARI Elio – MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, pp. 162 e ss., secondo cui gli effetti del lodo, pur essendo inizialmente negoziali, diventavano effetti di sentenza a seguito dell'omologa giudiziaria, sarebbe bastato il ricorso a tale mezzo per provocare la riconoscibilità all'estero della decisione arbitrale. Osservava però RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 278, che la tesi summenzionata – alla luce del dato positivo allora in vigore, nello specifico dell'art. 825 c.p.c., il quale prevedeva la semplice facoltà di chiedere l'omologa solo in capo alla parte vincitrice e solamente in caso di lodo di condanna – sembrava molto difficile da sostenere e comunque inidonea ad offrire soluzione a tutte le possibili ipotesi riconducibili alla problematica in esame.

⁽¹⁹⁶⁾ Sull'impossibilità dell'applicazione della Convenzione di New York ai lodi irrituali, RICCI Edoardo Flavio, *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 559 e ss. Lo stesso Autore affermava poi, in *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 274, che "il lodo irrituale resta, dal punto di vista della sua attitudine a circolare all'estero, istituto molto fragile; e la stessa debolezza rischia di estendersi ora, dopo la presa di posizione delle Sezioni Unite, al lodo rituale".

La Suprema Corte, per vero, ebbe modo di replicare al presente rilievo critico, ribattendo che la configurazione in termini privatistici del lodo rituale non avrebbe comportato alcuna difficoltà alla sua circolazione estera, poiché, ai fini dell'applicazione della summenzionata Convenzione – secondo l'interpretazione della dottrina internazionalistica assolutamente prevalente –, del tutto indifferente sarebbe stata la qualificazione del lodo in termini negoziali o giurisdizionali: la nozione “sentenze arbitrali” si sarebbe piuttosto caratterizzata per la *“correlazione tra la pronunzia degli arbitri ed un accordo compromissorio tra le parti litiganti, quale atto, appunto, di privata autonomia, in funzione della soluzione della lite attraverso un procedimento condotto da soggetti terzi e imparziali, mediante applicazione di norme (di diritto o di equità) ai fatti controversi”* ⁽¹⁹⁸⁾. Fu agevole per la dottrina ⁽¹⁹⁹⁾ ribattere che, per la verità, l'interpretazione accolta dalla Suprema Corte – secondo la quale la Convenzione avrebbe accettato una nozione ampia di arbitrato, capace di ricomprendere sia l'arbitrato destinato a concludersi con un lodo fornito di efficacia di sentenza, sia l'arbitrato destinato a concludersi con un lodo avente effetti di negozio – era stata avanzata da alcuni esponenti della

⁽¹⁹⁷⁾ Mostravano seria preoccupazione intorno alla non riconoscibilità all'estero, ai sensi della Convenzione di New York, del lodo/negozio italiano anche CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, in *Corriere giuridico*, 2003, pp. 827 e ss., spec. pp. 831-832.

⁽¹⁹⁸⁾ Citando testualmente Cass. Civ., S.U. Ord. 15 giugno 2002 n. 9281, in *Foro italiano*, 2002, I, 2299 e ss.

⁽¹⁹⁹⁾ Così RICCI Edoardo Flavio, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, op. cit., pp. 557 e ss., spec. pp. 564 e ss.

dottrina italiana ⁽²⁰⁰⁾ quale mero suggerimento interpretativo e, per ciò solo, non era consentito affermarne la prevalenza in ambito internazionale ⁽²⁰¹⁾: al contrario, era dato riscontrare che la posizione sopraesposta era, per vero, appoggiata solamente da una esigua parte del panorama dottrinale internazionale ⁽²⁰²⁾, e che, per giunta, anche la giurisprudenza estera ⁽²⁰³⁾ – per nulla tenuta in considerazione dalla

⁽²⁰⁰⁾ In questo senso, CANSACCHI Giorgio, *Considerazioni sulla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1969, pp. 92 e ss.; LUZZATTO Riccardo, *Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1981, pp. 105 e ss.

⁽²⁰¹⁾ Sul punto RICCI Edoardo Flavio, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, op. cit., p. 565, affermava: “chi pensa ai suggerimenti provenienti dall'Italia come ad un dato sicuro per gli altri cade nel più puro wishful thinking”.

⁽²⁰²⁾ Tale minoranza di studiosi era costituita da WENGER Werner, *Zur Anwendbarkeit des New Yorker Uebereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche auf einen «freien» Schiedsspruch des italienischen Rechts*, in *Praxis des internationalen privat – und Verfahrensrecht*, 1982, pp. 135 e ss.; SCHLOSSER Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989, p. 560. L'orientamento maggioritario era invece sostenuto da CUTRERA Achille, *Gli arbitrati irrituali e la Convenzione di New York*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 1105 e ss.; FRANCHI Giovanni, *Arbitrato irrituale e Convenzione di New York*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, c. 407; SANDERS Paul, *Consolidated Commentary*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, pp. 332-333; STALEV Zivko, *Arbitration to adapt long – term international economic contracts to changed circumstances*, in AA.VV., *New trend on the development of international Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, Deventer, 1983, p. 208; LATTANZI Flavia, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, p. 29; PATOCCHI Paolo Michele e SCHIAVELLO Giuseppe, *Arbitrato irrituale: how should it be handled in a non Italian jurisdiction? A discussion from a Swiss prospective*, in *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1998, pp. 132 e ss.; KASSIS Antoine, *Problèmes de base de l'arbitrage*, I, Paris, 1987, pp. 365 e ss.

⁽²⁰³⁾ Si veda il già ricordato precedente costituito da Corte Federale tedesca, *Bundesgerichtshof*, 8 ottobre 1981, causa Comitas c. S.O.V.A.G., in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 1224, ed in *Yearbook Commercial Arbitration* (per estratto, in lingua inglese), 1983, pp. 367-368.

Suprema Corte italiana – era quanto mai restia all'accoglimento di tale impostazione.

All'obiezione dottrinale secondo cui la tesi della attribuzione alla decisione arbitrale di natura ed effetti negoziali avrebbe costituito una tesi "*extra – vagante*" rispetto al panorama normativo comparatistico non solamente endo – europeo ⁽²⁰⁴⁾, la Corte di legittimità ribatteva che la natura negoziale del lodo arbitrale italiano non costituiva certo un *unicum* in ambito internazionale, essendo per vero già riconosciuta anche da parte dell'ordinamento anglosassone, il quale, a conferma dell'attribuzione all'*award* arbitrale di natura ed effetti negoziali, prevedeva una specifica azione di adempimento contrattuale ⁽²⁰⁵⁾ ai fini dell'ottenimento della sua esecutività. L'attribuzione al lodo di una natura negoziale dunque, come avveniva per l'*award* britannico (mai per questa ragione sottratto all'applicazione della Convenzione di New York, che sempre, al contrario, ne aveva garantito il riconoscimento e l'esecuzione *extra moenia*) non avrebbe, a giudizio della Suprema Corte, determinato alcun ostacolo nemmeno ai fini del riconoscimento del lodo italiano all'estero. Fu agevole però la replica della dottrina ⁽²⁰⁶⁾, la quale

⁽²⁰⁴⁾ Osservazione, questa, formulata da RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., pp. 258 e ss., e da MARINELLI Marino, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in *Corriere giuridico*, 2001, pp. 51 e ss., spec. pp. 68-71, che menzionava in proposito la normativa degli ordinamenti francese, belga, olandese, spagnolo, tedesco, elvetico, austriaco ed anglosassone, quali esempi di sistemi normativi stranieri che assimilavano la decisione arbitrale ad una sentenza resa dall'autorità giudiziaria ordinaria.

⁽²⁰⁵⁾ Specificamente, il c.d. *enforcement of award by action* o, più semplicemente, *action on the award*, il cui titolo è costituito dalla decisione arbitrale, considerata non come atto giurisdizionale, bensì come contratto.

⁽²⁰⁶⁾ Ci riferiamo alle osservazioni di CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e*

pose in luce che il dato normativo inglese, pur prevedendo un'azione di adempimento contrattuale con riferimento alla decisione arbitrale, ammetteva anche un procedimento sommario diretto ad accertare la legittimità del lodo, ai fini della dichiarazione di esecutività dello stesso, che veniva dunque ad essere considerato alla stregua di un provvedimento giurisdizionale ⁽²⁰⁷⁾. L'attenta e completa lettura delle norme giuridiche dell'ordinamento inglese conduceva piuttosto alla rilevazione di *"indici normativi che, con tutta evidenza, stridono con l'asserita natura negoziale dell'award e che consigliano di impiegare una cautela estrema nel Leggere gli istituti dell'arbitrato britannico [...] con categorie tipicamente continentali come la summa divisio diritto pubblico/diritto privato"* ⁽²⁰⁸⁾.

Specularmente, con riguardo all'aspetto della circolazione nel territorio della Repubblica di lodi arbitrali stranieri, la qualificazione della decisione arbitrale interna quale atto dalla natura ed effetti solamente negoziali avrebbe comportato risultati pratici del tutto anomali: segnatamente, i lodi stranieri, forniti dagli ordinamenti di provenienza

di circolazione dei lodi, op. cit., p. 834 che sottolineavano che *"il tentativo di individuare, nel panorama comparatistico, dei "compagni di ventura" (o meglio...di "sventura") del nostro lodo rituale/negozio non sembra convincente e comunque, ove positivo, troverebbe un parzialissimo punto di contatto (storicamente equivoco e forse destinato da fascinoso a divenire solo anacronistico) esclusivamente con l'award inglese, essendo indubbio che tutti gli altri ordinamenti [...] riconoscono alla decisione arbitrale una natura giurisdizionale"*.

⁽²⁰⁷⁾ Si veda la *Section 25* dell'*Arbitration Act* del 1950 e la *Section 66* dell'*Arbitration Act* del 1996, che prevedono un *"summary enforcement"* per ottenere l'esecutività del lodo *"in the same manner as a judgement or order of the court to the same effect"*.

⁽²⁰⁸⁾ Citando testualmente CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, op. cit., p. 833.

dell'efficacia di giudicato – pur pronunciati da soggetti privati, al pari, del resto, dei lodi emessi dagli arbitri rituali italiani – avrebbero mantenuto tale statuto di efficacia nell'ordinamento italiano, una volta qui riconosciuti; mentre i lodi interni avrebbero con i primi condiviso l'ambito territoriale di operatività, pur essendo sforniti degli effetti propri della sentenza giudiziaria e muniti solamente di efficacia negoziale, venendosi dunque a determinare una *“irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento”* ⁽²⁰⁹⁾.

Sul terreno delle conseguenze più schiettamente attinenti al piano della ricostruzione dogmatica dell'istituto arbitrale, venne inoltre formulata – sul versante dottrinale che si poneva a sostegno della tesi della natura negoziale della decisione arbitrale e dei suoi effetti – la deduzione per cui il ripudio della pretesa giurisdizionalità dell'arbitrato rituale avrebbe comportato l'abbattimento della pregressa distinzione, quanto a natura, tra arbitrato rituale ed irrituale ⁽²¹⁰⁾: *“distinzione fondata, appunto,*

⁽²⁰⁹⁾ Tale considerazione è formulata da CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, op. cit., pp. 827 e ss. La disparità di trattamento così individuata non avrebbe per vero potuto essere eliminata semplicemente sostituendovi la soluzione per cui la sentenza arbitrale estera, una volta riconosciuta nell'ordinamento italiano, avrebbe dismesso l'efficacia di giudicato per vestire panni analoghi a quelli del lodo arbitrale interno, cioè i *“panni effettuali del negozio”*: in tal caso si sarebbe pervenuti infatti ad una *“autentica aberrazione giuridica”*, dovendosi tra l'altro abbandonare quella *“(ormai classica ed equilibrata) ricostruzione che spiega la circolazione dei [lodi esteri ndr] come il risultato di un giudizio di accertamento costitutivo o, secondo un'altra variante, della formazione di un atto complesso. Il decreto di exequatur ex art. 839 c.p.c. del presidente della Corte d'Appello [...] avrebbe [avuto ndr] così la funzione di prendere atto della valida esistenza di un atto negoziale straniero”*.

⁽²¹⁰⁾ Così FAZZALARI Elio, *L'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 13 e 31; PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, pp. 63 e ss; MONTELEONE Girolamo, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero:*

sull'inquadramento del primo nella sfera giuspubblicistica e del secondo in quella privatistica" ⁽²¹¹⁾. Secondo tale impostazione – poi confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte ⁽²¹²⁾ – il *discrimen* concettuale tra le due *species* di arbitrato sarebbe stato rinvenibile non già nelle differenze di natura del lodo o del procedimento atto alla sua formazione – il lodo era infatti qualificato in entrambi i casi quale “volizione dell'arbitro sul piano privatistico, giusta la investitura delle parti” ⁽²¹³⁾ – bensì unicamente nel fatto che “nell'arbitrato rituale le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c.”, mentre “nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione delle controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento (esclusivamente) riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà” ⁽²¹⁴⁾. Arbitrato rituale ed irrituale si sarebbero dunque distinti in

esiste ancora l'arbitrato irrituale?, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, pp. 43 e ss.

⁽²¹¹⁾ Citando testualmente FAZZALARI Elio, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, op. cit., p. 707.

⁽²¹²⁾ Sul punto si vedano le pronunce citate, nel prosieguo, alla nota ⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹³⁾ Riprendendo la definizione di FAZZALARI Elio, *ibidem*.

⁽²¹⁴⁾ Citando testualmente Cass. Civ., S.U. Ord. 25 aprile 2002 n. 9289 e Cass. Civ., 13 aprile 2001 n. 5527, in *Giustizia civile*, Mass., 2001, 786, poi seguite da Cass. Civ., 30 agosto 2002 n. 12714, secondo le quali il criterio discrezionale tra le due figure, arbitrato rituale ed irrituale, sarebbe stato il seguente: negozio esecutivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c. per l'arbitrato rituale, negozio puro e semplice per l'arbitrato irrituale. Sulla scorta di questo canone distintivo CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato*, in *Corriere giuridico*, 2003, pp. 630 e ss., rilevavano come il nuovo corso giurisprudenziale avrebbe dovuto buttare a mare tutta la precedente giurisprudenza

base alla presenza od assenza della “*prospettiva del riconoscimento all’efficacia del lodo, da parte dello Stato, degli attributi propri della sentenza («imperatività»: donde anche l’esecutività del lodo, se condannatorio; «autorità di giudicato»: quanto al lodo non più impugnabile)»*”⁽²¹⁵⁾.

che si era tanto industriata al fine dell’individuazione degli indici rilevanti per desumere il carattere rituale od irrituale dell’arbitrato, in mancanza di una determinazione chiara ed univoca delle parti compromittenti. L’apparato ermeneutico che propendeva a favore della scelta delle parti di un arbitrato rituale qualora esse avessero usato, nella redazione della convenzione di arbitrato, espressioni sintomatiche dell’allora riconosciuta valenza giurisdizionale del procedimento arbitrale (come ad esempio “giudizio” o “effetti del giudicato”), e, viceversa, a favore della scelta di un arbitrato irrituale qualora le parti avessero inteso attribuire alla decisione arbitrale esclusiva valenza negoziale, avrebbe dovuto interamente essere rinnegato ed “*accantonato en bloc*”. Rimaneva poi da porre in evidenza come il nuovo criterio distintivo coniato dalla Suprema Corte – volontà delle parti alla produzione di un lodo suscettibile di *exequatur* giudiziale – sarebbe risultato di difficile praticabilità, atteso che, nella maggioranza dei casi, si può agevolmente rilevare come le indicazioni delle parti e le istruzioni procedurali impartite agli arbitri dalla convenzione di arbitrato siano “*assai striminzite, laconiche e comunque (in senso o in un altro) neutre*”; a voler tacere del fatto che, per il caso in cui la convenzione di arbitrato fosse rimasta del tutto silente in merito alla configurazione in termini di ritualità od irritualità dell’arbitrato in essa contemplato, sarebbe mancato un qualsiasi indirizzo interpretativo chiarificatore che, anche ragionando per presunzioni, attribuisse al silenzio delle parti valenza positiva (nel senso dell’apertura del lodo alla sua assoggettabilità ad *exequatur* giudiziale) ovvero negativa (nel senso viceversa della chiusura del lodo alla sua assoggettabilità ad *exequatur* giudiziale).

⁽²¹⁵⁾ Citando testualmente FAZZALARI Elio, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell’arbitrato*, op. cit., p. 707. Per la verità, come osservavano in proposito CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell’arbitrato: l’exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato*, op. cit., pp. 630 e ss., spec. p. 680, nota ⁽¹⁰⁾, l’orientamento della Suprema Corte appariva quale “*frutto di un mix tra l’impostazione di Punzi, per il quale, il lodo rituale – a prescindere dall’exequatur giudiziario – è e rimane sempre atto negoziale e l’opinione di Fazzalari, che, al contrario, vede nel decreto di esecutività del giudice togato lo strumento con cui il (solo) lodo rituale dismette i panni del negozio per assumere, in tutto e per tutto, le vesti della sentenza giurisdizionale*”. Secondo l’impostazione della Corte di legittimità, dunque, si sarebbe dovuto ritenere che il lodo rituale “*anche dopo il provvedimento*

L'opposto versante dottrinale ⁽²¹⁶⁾ non tardò a sollevare sul punto aspre critiche, le quali si concretavano essenzialmente nel rilievo per il quale la c.d. *reductio ad unum* delle due *species* di arbitrato sarebbe apparsa inspiegabile da un punto di vista sistematico: non si sarebbe compresa la ragione per la quale l'ordinamento avrebbe riconosciuto – accanto ad un

giudiziario di cui all'art. 825 c.p.c. (diversamente, così, dalla ricostruzione di Fazzalari), [conservasse ndr] una natura negoziale: la sua efficacia vincolante altro non sarebbe [stata ndr] che la "forza di Legge" di cui parla l'art. 1372 c.c.". La detta impostazione, come rilevato dagli Autori, avrebbe poi dato luogo alle seguenti conseguenze: in pendenza delle azioni di impugnativa di cui all'art. 827 c.p.c. sarebbe stata inibita, avverso il lodo negoziale esecutivo, un'azione di opposizione di merito all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., essendo unicamente percorribile la via delle impugnazioni previste dal Codice di procedura; nel caso di lodo divenuto inoppugnabile (per mancanza o rigetto delle impugnative previste dal Codice di procedura), il lodo stesso non sarebbe potuto soggiacere ad alcuna contestazione riguardante la sua validità, al punto che un'eventuale azione ex art. 615 c.p.c. avrebbe dovuto essere dichiarata non già inammissibile – come invece sarebbe accaduto qualora al lodo si fosse attribuita natura giurisdizionale – bensì infondata; l'accertamento contenuto nel lodo definitivo, assumendo la medesima forza di un contratto, avrebbe potuto essere messo nuovamente in discussione nei processi successivi vertenti sul medesimo oggetto – diversamente da quanto accade con riferimento alla cosa giudicata sostanziale – a seguito della sopravvenuta incostituzionalità della norma di Legge su cui si fosse fondato o dello *ius superveniens* retroattivo; da ultimo, l'esistenza di un precedente lodo avrebbe dato luogo, nei successivi processi *de eadem re*, non già ad un'eccezione di rito, bensì di merito, così come accade con riguardo al lodo irrituale: entrambi i lodi, rituale ed irrituale, avrebbero così comportato un effetto necessariamente novativo del rapporto sostanziale controverso. Si veda in proposito anche Cass. Civ., 27 novembre 2001 n. 15023 in tema di *exceptio rei per arbitratum finitae*, con nota di MENCHINI Sergio, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 287 e ss., che stabiliva che *"il principio della rilevabilità "ex officio" del giudicato (anche) esterno (risultante da atti prodotti nel giudizio di merito), non è riferibile al lodo arbitrale, che resta atto, invece, negoziale, riconducibile al "dictum" di soggetti privati, la cui natura originaria non è immutata dall'attribuzione a posteriori degli effetti della sentenza"*.

⁽²¹⁶⁾ Nel quale menzioniamo RICCI Edoardo Flavio, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, op. loc. cit., e TOTA Gabriella, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, op. loc. cit.

arbitrato irrituale – un secondo tipo di arbitrato – quello rituale – del pari destinato a concludersi con un lodo avente natura meramente negoziale, ma che, a differenza del primo, sarebbe inidoneo, per i limiti ad esso imposti dalla Legge, alla produzione degli effetti conseguibili attraverso la stipula di un negozio transattivo – conciliativo e la cui formazione altresì si sarebbe impigliata nelle sopradescritte “*inspiegabili pastoie procedurali*” ⁽²¹⁷⁾. Coerentemente con le descritte considerazioni, dunque, sarebbe apparsa come maggiormente soddisfacente sul piano dogmatico una ricostruzione che riconoscesse, accanto ad un lodo munito di effetti negoziali qual è il lodo irrituale, la presenza nell’ordinamento di un lodo, quello rituale, fornito invece sin dalla sua emanazione dell’efficacia della sentenza pronunciata dal giudice togato.

La dottrina volse poi l’attenzione all’eventualità che la Corte di Cassazione, affermando la natura “meritale” dell’eccezione di compromesso, avesse inteso implicitamente caldeggiare l’idea di omologare il regime giuridico dell’eccezione di compromesso per arbitrato rituale a quella per arbitrato irrituale. La giurisprudenza da tempo infatti qualificava l’eccezione di compromesso per arbitrato irrituale quale eccezione di merito ⁽²¹⁸⁾, ritenendo l’accordo negoziale di

⁽²¹⁷⁾ Si fa riferimento alle osservazioni di RICCI Edoardo Flavio, *La Cassazione insiste sulla «natura» negoziale del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, op. cit., già menzionate nel testo di questo stesso Par., il quale sul punto, in *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, op.cit., pp. 557 e ss., affermava: “*le conseguenze pratiche della reductio ad unum oscillano molto spesso tra l’inspiegabile e il surreale*”.

⁽²¹⁸⁾ Nel senso della natura sostanziale dell’eccezione di arbitrato irrituale, tra le tante, Cass. Civ., 24 marzo 1999 n. 2775 in *Giustizia civile*, Mass. 1999, 659; Cass. Civ., 12 ottobre 1998 n. 10086 in *Foro italiano*, 1999, I, 125; Cass. Civ., 16 luglio 1997 n. 6505 in *Giustizia civile*, Mass. 1997, 1210; Cass. Civ., 21 dicembre 1995

composizione della lite già fittiziamente perfezionato al momento della stipula del compromesso, ragionando come se la transazione od il contratto di accertamento fossero già in quel momento intervenuti: di qui la giustificazione di un rigetto nel merito da parte del giudice ordinario. Volendo estendere detta ricostruzione dell'eccezione di arbitrato irrituale all'eccezione di arbitrato rituale, si sarebbe però incorso in *“inaccettabili incongruenze”* ⁽²¹⁹⁾: la sentenza del giudice ordinario che avesse accolto l'eccezione di patto compromissorio rituale, rigettando così la domanda dell'attore, sarebbe stata una pronuncia di merito idonea al passaggio in giudicato sostanziale, la cui autorità sarebbe potuta essere fatta valere dalle parti nel giudizio arbitrale parallelamente o successivamente instaurato. All'arbitrato rituale non si sarebbe potuto pertanto estendere quanto detto con riguardo all'arbitrato irrituale, cioè che detta sentenza di rigetto della domanda per aver accolto l'eccezione di arbitrato irrituale avrebbe comunque avuto una portata precettiva destinata ad essere superata dalla sopravvenienza fattuale, consistente nella pronuncia del lodo o nel venir meno del vincolo compromissorio, secondo le regole dell'efficacia della sentenza nel tempo, dal momento che la sentenza che invece avesse pronunciato sull'eccezione di patto compromissorio rituale, *“pur essendo una sentenza di rigetto, [avrebbe contenuto ndr] un accertamento sostanziale invece positivo e così di efficacia e validità dell'accordo compromissorio”*. Qualora si fosse inteso percorrere la via

n. 13023; Cass. Civ., 5 settembre 1992 n. 10240; Cass. Civ., 4 settembre 1984 n. 4758; Cass. Civ., 29 ottobre 1982 n. 5656.

⁽²¹⁹⁾ Citando testualmente CONSOLO Claudio – MURONI Raffaella, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione “di merito” e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, op. cit., pp. 1448 e ss., spec. pp. 1459 e ss., ai quali sono da ascrivere le osservazioni che seguono.

della qualificazione dell'eccezione di arbitrato rituale come di un'eccezione attinente al merito della controversia, la Corte di legittimità avrebbe dunque dovuto operare i necessari distinguo: sarebbe stato necessario precisare che il rigetto dell'eccezione in parola ed il conseguente giudicato su di essa formatosi non avrebbero riguardato il merito della lite – in tal caso neppur lambito dall'analisi del giudice ordinario – ma unicamente l'accordo compromissorio, sul quale solo si sarebbe soffermata l'attenzione giudiziale. In forza della suddetta limitazione dell'ambito di operatività oggettivo del giudicato sostanziale, sarebbe stato dunque possibile attivare il giudizio arbitrale “*ad onta del tenore di ripulsa della sentenza togata*” ⁽²²⁰⁾.

Addentrandosi poi in un'indagine di tipo più schiettamente operativo – applicativo, altra parte della dottrina pose in evidenza ⁽²²¹⁾ che se – dalla concezione secondo cui il patto compromissorio si sarebbe configurato quale accordo di devoluzione della soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo la volizione di arbitri quali soggetti privati, e la correlativa eccezione si sarebbe qualificata come eccezione di merito – si fosse dedotta la improponibilità dell'impugnazione della statuizione del giudice ordinario su detta eccezione mediante regolamento di competenza, si sarebbero avute conseguenze negative sulla durata dei procedimenti. Il sindacato impugnatorio della pronuncia giudiziale sulla eccezione di compromesso si sarebbe articolato, dovendo percorrere

⁽²²⁰⁾ Citando testualmente CONSOLO Claudio – MURONI Raffaella, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione “di merito” e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*”, op. cit., p. 1460.

⁽²²¹⁾ Si fa riferimento alla posizione assunta da BRIGUGLIO Antonio, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 511 e ss.

l'iter delle impugnazioni ordinarie dell'appello e del ricorso per Cassazione, negli anzidetti tre gradi di giudizio, con evidente ritardo della pronunzia definitiva sulla stessa eccezione, da parte della Corte di legittimità ⁽²²²⁾.

Del pari, ulteriori e sconvenienti difficoltà sul piano pratico e sistematico si sarebbero profilate allorché una pronunzia del giudice ordinario, rilevata la validità ed efficacia dell'accordo compromissorio eccepito, si fosse astenuta dalla decisione nel merito della controversia: se davvero tale pronunzia fosse stata qualificabile alla stregua di una pronunzia nel merito, essa sarebbe stata soggetta, come anzi detto, al rimedio impugnatorio dell'appello, il cui accoglimento avrebbe necessariamente condotto – data la tassatività dei casi di rimessione al primo giudice ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c., nei quali il presente non avrebbe in nessun modo potuto essere ricompreso – alla perdita, “*assolutamente ingiustificata*” ⁽²²³⁾, di un grado di giudizio sul merito della lite principale, la cui definizione sarebbe pervenuta, per la prima volta, solamente all'esito del giudizio di secondo grado ⁽²²⁴⁾, (là dove il

⁽²²²⁾ All'osservazione in parola PUNZI Carmine, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, op. cit., opponeva la considerazione per la quale “*il sindacato impugnatorio in tre gradi o «fasi di giudizio» è [...] previsto per altre questioni non meno importanti per lo svolgimento del processo: ci riferiamo alle questioni che vengono ricondotte genericamente all'an debeatur [...] e, in genere, a tutte le «questioni pregiudiziali attinenti al processo o preliminari di merito», che possono definire il processo (cfr. art. 279, comma II, c.p.c.)*”.

⁽²²³⁾ Riprendendo la valutazione in proposito formulata da BRIGUGLIO Antonio, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, op. cit., pp. 511 e ss.

⁽²²⁴⁾ In proposito PUNZI Carmine, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, op. cit., non mancava di osservare che la denunciata “scomodità” della perdita di un grado di giudizio era per vero ben tollerata per i casi, a tutti noti, in cui il giudice di primo grado nega l'esistenza della responsabilità contrattuale o dichiara la nullità del titolo contrattuale posto a base della domanda di merito e la

regolamento di competenza, se la Suprema Corte avesse accolto la impugnazione ed avesse ritenuto la non vincolatività dell'accordo compromissorio, sarebbe sfociato nella reinvestitura del giudice di primo grado).

Parallelamente alla qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato rituale interno come eccezione di merito, ed alla correlativa negazione della praticabilità del regolamento di giurisdizione per la soluzione dei contrasti sulla deferibilità della cognizione della controversia ad arbitri od a giudici speciali dello Stato, la Suprema Corte ugualmente ebbe modo di qualificare l'eccezione di compromesso per arbitrato estero come eccezione di merito ⁽²²⁵⁾. L'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. per la soluzione dei contrasti sull'attribuzione della cognizione della controversia al giudice ordinario italiano o ad arbitri stranieri ne costituiva logico corollario, poiché in tal caso si sarebbe determinata l'insorgenza di una questione non già di giurisdizione – sul presupposto che il *dictum* arbitrale, anche promanante da arbitri esteri, era da considerarsi quale

sentenza viene poi riformata in appello. “Si tratta, infatti, sempre di ipotesi che fuoriescono dall'ambito di applicabilità della rimessione al primo giudice prevista dagli art. 353 e 354 c.p.c., in casi pacificamente considerati tassativi”.

⁽²²⁵⁾ Diede avvio al nuovo corso di pronunce orientate in tal senso Cass. Civ., S.U., Ord. 22 luglio 2002 n. 10723, in *Corriere giuridico*, 2003, pp. 630 e ss., con la quale la Suprema Corte segnò una recisa inversione di tendenza rispetto all'orientamento in precedenza adottato, tradizionalmente favorevole all'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione ai fini della soluzione dei contrasti sull'attribuzione della controversia al giudice ordinario italiano o ad arbitri esteri. Come osservavano CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato*, op. cit., pp. 630 e ss., il precedente corso della giurisprudenza muoveva infatti dalla “percezione, nell'arbitrato estero, di una forma di esercizio dello ius dicere di organi esterni all'ordinamento italiano”.

atto di autonomia privata – ma di merito ⁽²²⁶⁾, in quanto inerente alla validità od interpretazione della convenzione di arbitrato estero, la quale era ritenuta comportare la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia italiana, sia estera ⁽²²⁷⁾.

A confutazione dell'impostazione giurisprudenziale anzi esposta, la dottrina non tardò a rilevare come non fosse necessaria, ai fini della configurabilità di una questione di giurisdizione, la presenza di due distinti ordini giurisdizionali, essendo invece *“sufficiente che si [ponesse ndr] il problema circa la sussistenza del potere di un certo ordine giurisdizionale, a prescindere dalla circostanza che l'alternativa ad un*

⁽²²⁶⁾ La Suprema Corte, invero, non aveva delineato in maniera netta i contorni dell'eccezione di patto compromissorio (per arbitrato interno ed estero) quale eccezione di merito: come rilevato da CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, op. cit., pp. 827 e ss., “non si [comprendeva ndr] [...] se la nostra S.C., con tale formula, [volesse ndr] semplicemente rimarcare [...] che, in queste ipotesi, non sorge una questione di giurisdizione o di competenza in senso tecnico ma, genericamente, una questione diversa – sia essa di rito o di merito – che fuoriesce così dal campo operativo degli artt. 41 e 42 c.p.c.; o se, invece, la Cassazione [intendesse ndr] [...] far propria quella autorevole opinione dottrinale secondo cui l'eccezione arbitrale deve qualificarsi come una eccezione di merito in senso stretto”. Se si fosse voluta affermare la natura strettamente “meritale” dell'eccezione di patto compromissorio per arbitrato estero, la stessa non sarebbe dunque più stata soggetta nemmeno al regime di rilevabilità di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma II, e 11 della Legge 31 maggio 1995 n. 218, bensì al regime di cui all'art. 180, comma II, c.p.c. – nella formulazione allora in vigore –.

⁽²²⁷⁾ Si veda Cass. Civ., S.U., Ord. 22 luglio 2002 n. 10723, la cui massima recita: “È inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione rivolto a far valere la carenza di giurisdizione del giudice adito, così come di ogni altro giudice della Repubblica Italiana, a fronte della presenza di un compromesso, o di una clausola compromissoria, che prevedano il ricorso ad un arbitrato estero, determinandosi in tal caso l'insorgere di una questione, non già di giurisdizione (posto che il “dictum” arbitrale è un atto di autonomia privata, non esercitando gli arbitri funzioni giurisdizionali), ma di merito, inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri di sua determinazione, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, il quale comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera”.

potere siffatto [fosse ndr] rappresentata dal potere di un altro (togato) ordine giurisdizionale o da quello di soggetti privati” ⁽²²⁸⁾. Inoltre, non si mancò di notare come la configurazione della convenzione arbitrale (per arbitrato interno ed estero) quale rinuncia all’azione giudiziaria, che avrebbe dato luogo nel processo ad una questione, e dunque ad un’eccezione, di merito, si ponesse in rapporti intimamente contraddittori nei riguardi della disciplina positiva. Il chiaro dato normativo offerto dall’art. 4 della Legge 31 maggio 1995 n. 218, infatti, chiarisce che la scelta di un arbitrato estero comporta una deroga alla giurisdizione italiana, che si sarebbe dovuta far valere attraverso la spendita dell’eccezione di difetto di giurisdizione, il cui regime giuridico risulta dal combinato disposto degli artt. 4, comma II, ed 11 della stessa Legge ⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁸⁾ Citando testualmente CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell’arbitrato: l’exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato*, op. cit., pp. 630 e ss., spec. pp. 685 e ss. Il presente rilievo veniva altresì formulato da ATTERITANO Andrea, *La qualificazione dell’eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 269 e ss., spec. pp. 275 e ss., che osservava come fosse “*possibile sostenere che ovunque difetti il potere di adire il giudice, difetta la giurisdizione e di (difetto di) giurisdizione sarà l’eccezione con cui si farà valere una simile carenza di potere*”, e come “*dire che scegliendo la via arbitrale si rinuncia alla giurisdizione statale [equivale ndr] a dire che il giudice di quello Stato difetta di giurisdizione e che pertanto di giurisdizione sarà l’eccezione con cui si farà valere la presenza dell’accordo compromissorio*”. L’impostazione secondo cui, perché si configuri una questione di giurisdizione, sarebbe sufficiente interrogarsi attorno alla sussistenza od insussistenza della giurisdizione in capo ad un solo ordine giurisdizionale, senza la necessità di individuare un secondo referente soggettivo, è da ascrivere ad ATTARDI Aldo, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, p. 168.

⁽²²⁹⁾ Formulava la descritta ricostruzione ATTERITANO Andrea, *La qualificazione dell’eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*, op. cit., pp. 269 e ss., spec. p. 275.

Pertanto, “*in virtù di una diversa dislocazione territoriale (interna o estera), l’arbitrato [avrebbe addirittura mutato ndr] radicalmente la propria natura: rinuncia all’azione (e alla tutela giurisdizionale) se la sua sede è italiana, deroga alla giurisdizione se invece le parti [avessero ndr] individuato per il processo arbitrale una sede extramunicipale*”⁽²³⁰⁾. Affermare – con la Corte di legittimità – che anche il patto compromissorio per arbitrato estero avrebbe comportato una rinuncia all’azione giudiziaria, perché fenomeno di risoluzione privata della lite, sarebbe sì stato coerente con le premesse di partenza, ma il dato positivo, segnatamente il comma III dell’art. 4 della summenzionata Legge⁽²³¹⁾, sarebbe divenuto inspiegabile. In particolare, i limiti imposti all’efficacia della deroga convenzionale alla giurisdizione italiana non avrebbero avuto alcun senso se rapportati ad una soluzione puramente negoziale della lite, quale era l’istituto arbitrale (sia interno, sia estero) nell’impostazione della Suprema Corte: infatti rispetto ad un arbitrato “negoziale” non sarebbe stata ammissibile una distinzione in termini di nazionalità od estraneità, allo stesso modo in cui, di regola, non si operano, in nessun ordinamento positivo, tali distinzioni nei riguardi

⁽²³⁰⁾ Così CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell’arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, op. cit., p. 628, che osservavano come apparisse “*indubbiamente abnorme far dipendere (in modo esclusivo) la varia natura dell’istituto arbitrale – riservando così allo stesso un diverso trattamento dogmatico e processuale – dalla mera elezione della sua sede*”.

⁽²³¹⁾ In base al quale la giurisdizione del giudice ordinario italiano rivive qualora gli arbitri esteri declinino la giurisdizione o il lodo non viene riconosciuto in Italia (o il compromesso risulta inoperante).

degli atti negoziali ⁽²³²⁾).

⁽²³²⁾ Tale riflessione è compiuta da CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, op. cit., p. 828.

CAPITOLO SECONDO

LA COMPETENZA ARBITRALE DA COMPORTAMENTO ENDOPROCESSUALE CONCLUDENTE NELLA PROSPETTIVA DELLA RICONOSCIUTA PIENA EQUIPOLLENZA FUNZIONALE TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: *1. Sguardo d'insieme sulla riforma attuata con D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40: una complessiva riscrittura della disciplina sull'arbitrato – 2. L'efficacia del lodo secondo il nuovo art. 824 bis c.p.c.: l'avvenuta riconduzione dell'istituto arbitrale nell'alveo giurisdizionale – 3. La riconosciuta piena equipollenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione – 4. La competenza arbitrale da comportamento endoprocessuale concludente di cui all'art. 817, comma II, secondo periodo, e comma III, c.p.c. nella prospettiva della piena equivalenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione ordinaria*

1. Sguardo d'insieme sulla riforma attuata con D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40: una complessiva riscrittura della disciplina sull'arbitrato

Osservando una cadenza temporale pressoché undecennale, il legislatore processuale delegato portava a compimento, mediante la approvazione del D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 – intitolato “*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato a norma dell'art. 1, comma II, della Legge*

14 maggio 2005 n. 80”^(1,2) –, il terzo grande intervento riformatore della disciplina codicistica sull’arbitrato rituale.

La profonda portata innovativa e l’ampio respiro che caratterizzano l’intervento legislativo in parola⁽³⁾ – attributi che lo differenziano dalle

⁽¹⁾ Il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 dà attuazione, come già in precedenza precisato, alla delega contenuta nella Legge 14 maggio 2005 n. 80, intitolata “*Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 14 marzo 2005 n. 35, recante disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato, nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*”. Osserva in proposito VERDE Giovanni, *Note a prima lettura sulla legge di conversione n. 80 del 14 maggio 2005*, in www.judicium.it, come lo stesso D.L. 14 marzo 2005 n. 35, poi convertito in Legge 14 maggio 2005 n. 80, costituisca segno eloquente in relazione al “*singolare modo di procedere del legislatore*”: si tratta infatti di un decreto legge sulla competitività, che raccoglie le materie più varie, non collegate e non collegabili tra loro, e che, allo stesso tempo, contiene norme che “*novellano in più punti il codice di procedura civile e aggiungono una legge di delega per riformare altre parti del codice di procedura*”.

⁽²⁾ Osserva BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell’arbitrato in Italia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, pp. 227 e ss., come “*la Legge n. 80 del 2005 ricalchi (con riguardo all’arbitrato) il progetto di riforma del codice di rito predisposto, almeno sin dal 2002, dalla Commissione originariamente presieduta dal prof. R. Vaccarella. Rimasto per tre anni senza seguito, il progetto è stato ripreso ed approvato con la legge delega, senza particolari approfondimenti e dibattiti tra i cultori della materia. Uguale sorte ha subito la legge delegata, con la quale, rapidamente e ugualmente senza dibattito, è stato recepito il progetto predisposto dall’apposita Commissione nominata dal Ministero della giustizia. Il che dà conto della imprecisa formulazione delle varie disposizioni e del poco soddisfacente risultato complessivo*”.

⁽³⁾ La prima parte del D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 è dedicato al processo di Cassazione (agli artt. 1-19, 26 e 27, commi I, II e V); la seconda parte ha riguardo alla disciplina sull’arbitrato (agli artt. 20-25, 27 e 28). Più precisamente, l’art. 20 modifica il Capo I del Titolo VIII del Libro IV del Codice di rito, ora intitolato “*Della convenzione di arbitrato*”, ove è stata aggiunta una disposizione, del tutto innovativa (l’art. 808 *ter* c.p.c.), rubricata: “*Arbitrato irrituale*”; il successivo art. 21 modifica il Capo II relativo agli arbitri; l’art. 22 modifica il successivo Capo III, già intitolato “*Del procedimento*”; l’art. 23 modifica il Capo IV relativo al lodo arbitrale; l’art. 24 interviene, modificandone le disposizioni, sul Capo V, relativo alle impugnazioni; l’art. 25 abroga il previgente Capo VI, avente ad oggetto l’arbitrato internazionale (costituito da sette articoli, con numerazione progressiva,

due precedenti novellazioni, per lo più caratterizzate da una limitata incidenza sull'articolato codicistico e piuttosto limitatesi ad una modificazione di singoli e particolari aspetti dell'arbitrato, “senza [...] stravolgerne la struttura ed i principi che ne erano alla base” ⁽⁴⁾ – non consentono, nella presente sede, un esame dettagliato ed esauriente dell'intero *corpus* normativo oggetto della Riforma. Risulta invece opportuna, ai fini che ci proponiamo, una breve disamina delle disposizioni innovative più salienti, sulla scorta dei principi e criteri direttivi dettati dalla Legge delega.

Uno dei profili di maggior interesse ha riguardo alla individuazione e delimitazione della categoria delle controversie che possono formare oggetto di procedimento arbitrale. La Legge delega prevedeva in

a partire dall'art. 832 c.p.c.), per sostituirlo con un nuovo Capo VI, costituito peraltro da un'unica disposizione, l'art. 832 c.p.c., (dal momento che le altre sei risultano abrogate dall'art. 28) intitolato oggi: “*Dell'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*”; infine, l'art. 27, commi III e IV, contiene la disciplina transitoria. In proposito, ODORISIO Emanuele, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, pp. 253 e ss., spec. p. 254, non manca di notare come la Riforma, ben lungi dall'apportare quel contributo razionalizzatore (anche inteso nel senso di un riordino complessivo della topografia e sistemazione formale invocato dalla Legge delega), abbia aggiunto “*ben 12 articoli con numerazione ripetuta e che poiché il nuovo Capo VI è composto solo da un articolo mentre il precedente ne contemplava sette, vi sono sei articoli vaganti. Eppure nella relazione che accompagnava l'approvazione da parte del Governo [...] veniva rilevata come emblematica dello «stato di deterioramento del sistema processuale delineato dal codice, anche a seguito di molteplici interventi legislativi che si sono stratificati sul corpus originario» e «del disordine in cui versa il codice», l'esistenza di «ben 68 articoli (...) vacanti» e di «ben 48 articoli» con «numerazione ripetuta». Per questo aspetto non può quindi dirsi che il legislatore delegato abbia proceduto, come invece in quella relazione auspicato, ad «una razionalizzazione anche formale del testo normativo»*”.

⁽⁴⁾ Così SOLDATI Nicola, *I principi della terza riforma dell'arbitrato*, in *I contratti*, 2006, pp. 426 e ss., il quale invece nota che – con la riforma del 2006 – “*mentre, da una parte, sono 14 i nuovi articoli introdotti, dall'altra, quelli superstiti hanno subito, in molti casi, una profonda rivisitazione, sia nel contenuto, che nella rubrica*”.

proposito, quale criterio direttivo per l’emanazione di una futura disposizione, *“la disponibilità dell’oggetto come unico e sufficiente presupposto per l’arbitrato, salvo diversa previsione di legge”* ⁽⁵⁾: il nuovo art. 806 c.p.c., rubricato *“Controversie arbitrabili”*, recita, dunque, al suo comma I: *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”* ^(6,78). È da riconoscere alla

⁽⁵⁾ Si veda la Legge 14 maggio 2005 n. 80, art. 1, comma III, lett. b).

⁽⁶⁾ Osserva BOVE Mauro, *Aspetti problematici della nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, in www.judicium.it, che l’inciso in parola (*“salvo espresso divieto di legge”*) esprime sì un principio generale, ma *“non è chiaro quale sia il suo contenuto”*. Si possono, a giudizio dell’Autore, formulare due ipotesi: la prima consiste nell’affermare che l’inciso in questione intendeva rendere possibile l’esclusione dell’arbitrato *“in riferimento a diritti che pur sono disponibili, negando così che nell’area di questi diritti esista un diritto garantito (costituzionalmente?) all’arbitrato”*. Si giungerebbe così a permettere l’intervento del legislatore, al quale sarebbe sempre consentito *“limitare la autonomia negoziale dei privati pur nell’ambito dei settori in cui quella autonomia si esplica normalmente, ossia, appunto, nell’ambito dei diritti disponibili”*. L’Autore ritiene che tale prima ipotesi ricostruttiva sia insostenibile, alla luce dell’art. 24, comma I, Cost., il quale, nell’affermare il diritto d’azione a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, assume anche una valenza negativa nell’ambito dei diritti disponibili, *“per cui appare verosimile che un divieto legislativo di arbitrato in riferimento a liti aventi ad oggetto diritti disponibili non possa non subire, almeno in linea di principio, una censura di incostituzionalità”*. La seconda ipotesi ricostruttiva consiste nel ritenere che l’inciso in parola intenda piuttosto *“rafforzare il principio generale affermato nella prima parte dell’art. 806, precisando che quando trattasi di diritto disponibile non è possibile impedire l’arbitrato in mancanza di una norma di legge che esplicitamente lo vieti”*, e così, *“se l’oggetto della controversia consiste in un diritto disponibile, non possono emergere nella prassi divieti di arbitrato tratti in via interpretativa da altri argomenti”*. Prosegue l’Autore: *“Ma, se quella esposta, sembra l’unica interpretazione sostenibile, non è per nulla certo che essa godrà dei favori della maggioranza, soprattutto nella giurisprudenza pratica. Invero, in questa è frequente l’affermazione secondo la quale la vigenza di norme inderogabili renderebbe indisponibile l’oggetto della lite. [...]. Insomma, il rischio è che la norma in commento, vista l’ambiguità del suo tenore, finisca per non essere idonea al suo scopo”*. Aderisce a questa seconda impostazione TEDIOLI Francesco, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 139 e ss. Una terza

presente disposizione, soprattutto per la sua portata chiarificatrice ⁽⁹⁾, il merito di aver circoscritto il novero delle controversie sottratte

interpretazione possibile per l'inciso di cui al comma I dell'art. 806 è fornita da BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, il quale ritiene che la poco felice formulazione della disposizione avesse l'intento di "impedire la revoca di quelle disposizioni di legge che consentono attualmente l'arbitrato su materie altrimenti non arbitrabili". Conclude l'Autore in proposito che "quella che doveva essere una conferma dell'arbitrabilità delle controversie già normativamente prevista pur se relative a diritti indisponibili, si è tradotta nel richiamo di un divieto, per di più di incerto contenuto".

⁽⁷⁾ Giova ricordare che la Legge delega 14 maggio 2005 n. 80, prevedendo, all'art. 1, comma III, lett. b), quale criterio direttivo che "gli arbitri possano conoscere in via incidentale delle questioni pregiudiziali non arbitrabili, salvo che per legge sia necessaria la decisione con efficacia di giudicato autonomo", permise la approvazione della nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c., per il quale l'indisponibilità del diritto non è di ostacolo all'arbitrabilità della materia nel caso di questioni pregiudiziali di merito, che possono essere esaminate dagli arbitri in via incidentale anche se non possono costituire oggetto di arbitrato, a meno che la questione non debba essere decisa con efficacia di giudicato da un'espressa previsione di legge.

⁽⁸⁾ Menzioniamo anche un'osservazione critica, formulata sulla disposizione in parola da parte di alcuni Autori, i quali avrebbero preferito l'adozione, da parte del legislatore, di un altro criterio discrezionale per l'individuazione delle controversie arbitrabili: ritiene in proposito RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 951 e ss., spec. p. 955, che, mediante l'approvazione della disposizione in parola, si sia manifestata la "persistente riluttanza del diritto italiano ad ammettere l'arbitrato anche in materie non disponibili (purché patrimoniali), con un rifiuto della diversa soluzione accolta dalla legge tedesca (il cui par. 1030 ZPO ammette l'arbitrato, com'è noto, su tutte le liti patrimoniali, ivi comprese quelle in materia non disponibile)". Anche TEDIOLI Francesco, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., ricorda come altre legislazioni europee prevedano per l'arbitrabilità il diverso criterio della patrimonialità dell'oggetto della controversia. L'Autore osserva dunque che "l'adozione di questo criterio da parte del legislatore delegante avrebbe consentito, per certi versi, un ampliamento della sfera della arbitrabilità delle controversie, in linea con la tendenza degli Stati a favorire il fenomeno arbitrale". Consonante con le precedenti osservazioni, auspica "un nuovo intervento riformatore, che sancisca la possibilità di un arbitrato su diritti indisponibili, come già avviene in alcuni Paesi stranieri", CORSINI Filippo, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in www.judicium.it.

⁽⁹⁾ Saluta con favore la nuova norma anche PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Rivista*

all'arbitrabilità alle sole domande caratterizzate dall'indisponibilità dell'oggetto (¹⁰) e di aver accantonato quegli orientamenti giurisprudenziali che avevano, al contrario, progressivamente ampliato l'area della non arbitrabilità, per ricomprendervi controversie rimesse in via esclusiva ad altre autorità (¹¹), quelle aventi ad oggetto diritti che

di diritto processuale, 2005, pp. 963 e ss., spec. p. 967. L'Autore afferma infatti: "Una prima ragione che consente, a mio avviso, di esprimere un giudizio positivo su tale norma risiede in ciò, che la disponibilità del diritto, prima che essere letta quale (sgradito e costrittivo, secondo i critici) limite per l'arbitrato, [...], deve, invece, essere intesa quale felice momento e parametro di chiarificazione rispetto a quegli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza che tendono a sovrapporre il concetto della indisponibilità del diritto con la regola della inderogabilità della normativa che gli arbitri debbono applicare".

(¹⁰) Il riferimento alle "controversie che non possono formare oggetto di transazione", contenuto nel previgente art. 806, dava invece adito ad interpretazioni che identificavano la categoria della arbitrabilità della controversia nella implicazione nel giudizio di norme a contenuto derogabile, essendo dunque preclusa la via arbitrale con riguardo alle liti per la cui soluzione gli arbitri avrebbero dovuto fare applicazione di norme imperative. Mettono bene in luce che il limite, al giudizio degli arbitri, derivante dall'esistenza di una normativa inderogabile non si traduca meccanicamente nella indisponibilità del diritto, CECHELLA Claudio, *L'arbitrato*, Torino, 1991, pp. 7 e ss.; CECHELLA Claudio, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, pp. 250 e ss.; FAZZALARI Elio, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 37; LUISO Francesco Paolo, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1994, pp. 500 e ss. Sostiene invece in proposito CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, Padova, 2006, p. 160, che alla conclusione della coincidenza tra l'area della compromettibilità e l'area della disponibilità si arrivava comunque, per lo più, "anche nel vigore della precedente formulazione della norma, che escludeva l'arbitrato, apertis verbis, in ordine alle controversie "che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e [...] che non possono formare oggetto di transazione" [...]. Il riferimento alla "disponibilità" era allora, insomma, indiretto".

(¹¹) In proposito CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, op. cit., p. 161, rileva come la giurisprudenza avesse talora ampliato il "campo precluso all'arbitrato [...] non sempre in modo chiaro e necessario [con riferimento alle ndr] liti soggette alla giurisdizione esclusiva dei Tar [...]". Sul punto, l'art. 6, comma II, della Legge 21 luglio 2000 n. 205, ha poi stabilito che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla

trascendessero l'interesse delle parti in lite ⁽¹²⁾ o che mettessero in gioco principi di ordine pubblico.

Sul piano delle conseguenze applicative che la novellazione dell'art. 806 c.p.c. ha comportato, si sottolinea anche come la valorizzazione della disponibilità dell'oggetto della lite, quale unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salvo diversa disposizione di legge, consenta di affermare, allargando così il novero delle liti arbitrabili, la compromettibilità, ad esempio, delle pretese patrimoniali nascenti da diritti indisponibili; la deferibilità ad arbitri di controversie attinenti alle conseguenze patrimoniali risarcitorie di un atto illecito, che pure assuma rilevanza penale; ed, infine, la compromettibilità delle controversie relative alla nullità od illiceità di un titolo ⁽¹³⁾. La previsione normativa in esame,

giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”.

⁽¹²⁾ Si veda in proposito Cass. Civ., 6 luglio 2000 n. 9022, in *Diritto e pratica delle società*, 2000, pp. 21 e 77, la cui massima recita: “*Le controversie in materia societaria possono formare oggetto di compromesso con esclusione di quelle che incidono su interessi della società o che concernano la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. (Nella specie la S.C. ha ritenuto compromettibile in arbitri, in quanto incidente esclusivamente sull'interesse individuale del socio, la controversia con la quale il socio accomandante lamentava nei confronti dell'accomandatario la mancata corresponsione della quota di competenza degli utili)*”. Per una critica della presente giurisprudenza, intesa ad escludere dal novero delle controversie arbitrabili le controversie societarie, si vedano CARPI Federico – ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, in *AA.VV., Arbitrato*, a cura di CARPI Federico, Bologna, 2001, *sub* art. 806 c.p.c., pp. 86 e ss.; RUFFINI Giuseppe, in *AA.VV., Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio e LUISO Francesco Paolo, Milano, 2000, *sub* art. 806, pp. 3335 e ss.; RUFFINI Giuseppe, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 143 e ss.; RUFFINI Giuseppe, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, pp. 495 e ss.

⁽¹³⁾ Così si esprime PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, *op. cit.*, p. 968.

infatti, non preclude la deferibilità di una controversia ad arbitri a motivo del fatto che nel giudizio sia implicata la applicazione di disposizioni inderogabili ⁽¹⁴⁾, bensì vieta la conseguibilità, a mezzo del *dictum* arbitrale, di un “*effetto abdicativo di diritti indisponibili ovvero un effetto contra legem che è interdetto alle parti di ottenere direttamente con un atto di disposizione (o con una transazione)*” ⁽¹⁵⁾.

Un secondo aspetto meritevole di attenzione è costituito dalla possibilità di deferire in arbitri, ai sensi dell’art. 808 *bis* c.p.c., “*le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati*” mediante la stipulazione di una “*convenzione di arbitrato*”: per vero, nemmeno anteriormente all’entrata in vigore della Riforma si nutrivano dubbi in merito alla arbitrabilità, a lite già insorta, e dunque mediante la stipula di un compromesso, di controversie extracontrattuali; la apprezzabile novità introdotta dall’art. 808 *bis* c.p.c. è, dunque, rappresentata dalla riconosciuta facoltà in capo alle parti di ricorrere alla via arbitrale, in materia extracontrattuale, anche a mezzo di apposita convenzione preventiva – cioè stipulata anteriormente all’insorgenza della lite – analogamente a quanto accade con riferimento ai rapporti contrattuali deferibili ad arbitri mediante clausola compromissoria ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Tale operazione interpretativa era stata elaborata dalla giurisprudenza durante il periodo di vigenza dell’abrogato art. 806 c.p.c.

⁽¹⁵⁾ Così ancora PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell’istituto*, *ibidem*.

⁽¹⁶⁾ Anteriormente all’entrata in vigore del D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, non era pacificamente riconosciuta la deferibilità ad arbitri di controversie future in materia extracontrattuale, mediante l’utilizzo di una clausola compromissoria: l’art. 808 c.p.c., nella sua previgente formulazione, faceva infatti inequivocabilmente riferimento alle “*controversie nascenti dal contratto*”. Erano favorevoli alla tesi dell’ammissibilità di una clausola compromissoria avente ad oggetto controversie future relative a rapporti extracontrattuali, ANDRIOLI Virgilio, *Commento al*

Di considerevole rilievo, a motivo della sua prima apparizione nel sistema del Codice di rito, appare poi la norma di cui all'art. 808 *ter* c.p.c., la quale attribuisce un formale riconoscimento normativo – “*ed un’embrionale, ancorché forse già eccessiva, disciplina generale*” ^(17,18) –, all’istituto dell’arbitrato irrituale o libero, posto ora, ad opera del legislatore delegato ⁽¹⁹⁾, quale “*figura di carattere generale*” ⁽²⁰⁾ all’interno dell’ordinamento ⁽²¹⁾. Nondimeno, il profilo di maggior

codice di procedura civile, IV, Napoli, 1964, p. 776; REDENTI Enrico, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, pp. 786 e ss., spec. p. 788; FESTI Fiorenzo, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, pp. 194 e ss. La maggior parte della dottrina escludeva invece la compromettibilità di tali controversie, in quanto da un lato il compromesso non poteva che avere ad oggetto controversie attuali, mentre dall’altro, la clausola compromissoria per definizione non potrebbe che avere ad oggetto controversie contrattuali. Si veda per questo orientamento dottrinale maggioritario, RUFFINI Giuseppe, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2004, pp. 417 e ss. In proposito si vedano anche TEDIOLI Francesco, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, op. cit., p. 141, nota ⁽¹⁸⁾ e CORSINI Filippo, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell’arbitrato*, op. cit., il quale ritiene che la norma in esame sia significativa di un “*evidente favor arbitrati che ha opportunamente guidato la mano del legislatore*”.

⁽¹⁷⁾ Così testualmente, CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, op. cit., p. 166.

⁽¹⁸⁾ Sulla probabile futura perdita “*di quei connotati di duttilità che [all’arbitrato irrituale ndr] sono propri*” a cagione della “*scelta di aver introdotto un breve, ed inevitabilmente lacunoso, “mini statuto” dell’arbitrato irrituale*”, prendeva posizione CORSINI Filippo, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell’arbitrato*, op. cit.

⁽¹⁹⁾ La Legge delega 14 maggio 2005 n. 80, prevedeva sul punto “*che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare*”.

⁽²⁰⁾ Citando testualmente RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull’arbitrato*, op. cit., p. 960.

⁽²¹⁾ Così CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, op. cit., pp. 165-166, illustra la figura dell’arbitrato

rilevanza, che in questa sede ci preme di mettere in luce, consiste nell'osservazione per la quale la disposizione in esame instaura un peculiare nesso relazionale tra le due figure di arbitrato: quello irrituale o libero – come detto, qui normativamente munito di autonoma dignità – e quello rituale. Segnatamente, la norma in parola, al suo comma I, – il cui tenore letterale recita: *“Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall’art. 824 bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo”* – realizzando una *“rivoluzione copernicana in materia arbitrale”* ⁽²²⁾, e rinnegando una contraria e pluriennale giurisprudenza di merito e di legittimità ⁽²³⁾, afferma il carattere eccezionale dell’arbitrato irrituale, ed

irrituale e la sua storia nell’ordinamento italiano: *“L’arbitrato irrituale o libero è noto nella prassi degli affari all’inizio dello scorso secolo, e fu riconosciuto valido per la prima volta da una decisione (della Corte di Cassazione torinese, al tempo ancora esistente) del 1904. Di esso i Codici civile e di rito – pur lasciandolo prosperare – a lungo non ne hanno parlato (mentre ve ne è da tempo traccia nel Cod. Nav., all’art. 619 – che per quel particolare lodo che si chiama “chirografo di avaria” prevede una duplice possibile efficacia: di titolo esecutivo o di negozio –; e, più di recente, in qualche legge di settore, specie nel campo del diritto del lavoro: art. 7, ultimo comma, Legge n. 604/1966; art. 7, comma VI, St. lav.; ed ora nei nuovi artt. 412 ter e 412 quater c.p.c. in tema di arbitrato lavoristico; cfr. pure l’art. 35, comma V, D.Lgs. n. 5/2003)”*.

⁽²²⁾ Citando testualmente SOLDATI Nicola, *I principi della terza riforma dell’arbitrato*, op. cit., p. 426.

⁽²³⁾ Per la quale si veda, tra le altre, Cass. Civ., 24 gennaio 2005 n. 1398, in *Giustizia civile*, 2005, I, pp. 1486 e ss., secondo cui *“Nell’interpretazione di una clausola compromissoria il carattere rituale o irrituale dell’arbitrato in essa previsto va desunto con riguardo alla volontà delle parti ricostruita secondo le regole ordinarie di ermeneutica contrattuale, ricorrendo la fattispecie dell’arbitrato rituale quando sia stata demandata agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, integrandosi, per converso, l’ipotesi dell’arbitrato libero quando il collegio arbitrale sia stato investito della soluzione di determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio di accertamento ovvero strumenti conciliativi o transattivi e dovendosi in ogni caso optare, ove residuino*

al contempo, accorda, in sede di interpretazione della convenzione di arbitrato, la preferenza all'arbitrato rituale ⁽²⁴⁾. La disciplina dell'arbitrato rituale risulta dunque, per effetto di tale disposizione, *“destinata a riemergere ogni volta che l'opzione per il lodo contrattuale non sia stata dalle parti chiaramente espressa”* ^(25,26).

In materia di interpretazione della convenzione d'arbitrato, v'è da non trascurare il nuovo disposto di cui all'art. 808 *quater* c.p.c., il quale – contraddicendo la posizione assunta dalla giurisprudenza, volta in larga parte ad affermare che, in caso di perplessità in ordine alla portata della clausola compromissoria, si sarebbe dovuta prediligere un'interpretazione restrittiva della stessa, a vantaggio della giurisdizione statale ⁽²⁷⁾ – prescrive che *“nel dubbio, la convenzione d'arbitrato*

dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti, per l'irritualità dell'arbitrato in ragione della natura eccezionale dell'arbitrato rituale, che introduce una deroga alla competenza del g.o.”.

⁽²⁴⁾ Rileva in proposito SOLDATI Nicola, *I principi della terza riforma dell'arbitrato*, op. cit., p. 427, che la nuova disposizione afferma ora *“«in dubio pro arbitrato rituale»”*.

⁽²⁵⁾ Citando testualmente CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, in www.judicium.it.

⁽²⁶⁾ Intorno al requisito della espressività della scelta delle parti in ordine all'opzione di un arbitrato irrituale, si esprime RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull'arbitrato*, op. cit., p. 961, il quale ritiene che il semplice impiego delle locuzioni “lodo irrituale” o “arbitrato irrituale” non sia più, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. di Riforma, sufficiente per negare il carattere rituale dell'arbitrato. Affermava in proposito l'Autore: *“Se non sbaglio, l'arbitrato del futuro potrà essere considerato veramente come «irrituale», soltanto se le parti avranno dichiarato senza equivoci di volere un lodo dotato degli effetti del negozio anziché degli effetti della decisione giudiziaria”*.

⁽²⁷⁾ Si veda, *ex multis* e da ultimo, Cass. Civ., 26 aprile 2005 n. 8575, in *Giustizia civile*, Mass. 2005, p. 4, la cui massima recita: *“Poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine all'interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale”*.

s'interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce" ⁽²⁸⁾. Si realizza così la possibilità di una trattazione unitaria della controversia innanzi agli arbitri, evitando il ricorso all'autorità giudiziaria per la soluzione di eventuali questioni connesse od interpretative ⁽²⁹⁾.

Proseguendo nel senso di uno spiccato sentimento di *favor* per il fenomeno arbitrale, il legislatore delegato ha inserito una norma tendente alla salvaguardia dell'efficacia della convenzione d'arbitrato: l'art. 808 *quinquies* c.p.c. dispone che la clausola compromissoria non sia caducata nell'eventualità in cui il procedimento arbitrale abbia a concludersi senza una pronuncia di merito, ponendo termine – anch'esso – ad un criticabile indirizzo giurisprudenziale che propendeva per la soluzione opposta, e consentendo dunque, anche a seguito di pronuncia arbitrale declinatoria di rito, una successiva risoluzione della controversia *per arbitrum*, in forza della medesima convenzione d'arbitrato, conservando in tal modo l'opzione originariamente esercitata dalle parti.

⁽²⁸⁾ È qui testualmente riportato il testo dell'art. 808 *quater* c.p.c. In assenza di uno specifico criterio direttivo nella legge delega, può ritenersi che la disposizione in esame trovi la sua ragion d'essere nell'invito, di carattere generale, del legislatore delegante di *"riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato"*.

⁽²⁹⁾ Giova far menzione, a sostegno dell'interpretazione che ritiene che l'intervento riformatore abbia attribuito maggiore efficacia espansiva alla convenzione d'arbitrato, della previsione di cui al novellato art. 817 *bis* c.p.c., il quale *"estende il giudizio arbitrale all'eccezione di compensazione, anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione d'arbitrato"*. Sul punto si veda CARPI Federico, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in www.judicium.it.

Del pari, la reviviscenza dell'accordo compromissorio è prevista, ad opera dell'art. 830, comma IV, c.p.c., ^(30,31) nell'eventualità in cui la Corte d'appello, nel giudizio di impugnazione per nullità della decisione arbitrale, si limiti al momento rescindente, non pronunciando nel merito della controversia, salvo il caso in cui la nullità del lodo sia pronunciata proprio a cagione dell'invalidità o inefficacia del patto compromissorio. Una particolare attenzione viene accordata dal legislatore all'esigenza della preservazione della originaria o successiva volontà delle parti, con riguardo al momento formativo del collegio arbitrale: attuando il principio generale, contenuto nella Legge delega, secondo cui, nella formulazione di una disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti, il legislatore delegato avrebbe dovuto garantire *“nella nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti”* ⁽³²⁾, è

⁽³⁰⁾ L'art. 830, comma IV, c.p.c., rubricato *“Decisione sull'impugnazione per nullità”* recita: *“Quando la Corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”*.

⁽³¹⁾ Merita attenzione l'intero articolo 830 c.p.c., il quale ha ridisegnato il giudizio rescissorio in sede di impugnazione del lodo per nullità: mentre in precedenza la Corte d'appello, dopo avere pronunciato la nullità della decisione arbitrale, ridecideva in ogni caso anche il merito della controversia, a meno che non vi fosse la volontà contraria di tutte le parti, oggi il principio generale sembra opposto. Ciò si desume dal comma II dell'articolo in parola: *“sebbene le eccezioni ivi espressamente indicate siano di tale portata ed ampiezza da fare dubitare che il ritorno in capo agli arbitri della potestà di giudicare la controversia sia effettivamente la regola base, come pure la formazione della norma induce a far credere”*, così CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, op. cit. Si veda in proposito anche TEDIOLI Francesco, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., p. 144.

⁽³²⁾ Citando testualmente l'art. 1, comma III, lett. b), della Legge delega 14 maggio 2006 n. 80.

stato introdotto l'art. 816 *quater* c.p.c. ⁽³³⁾, il quale prevede la possibilità dell'instaurazione di un unico procedimento arbitrale e così la realizzazione del *simultaneus processus*, soltanto in presenza di due condizioni: la prima, che tutte le parti (ovviamente) siano vincolate dalla medesima convenzione arbitrale; la seconda, che non insorgano difficoltà nella formazione del collegio. Tale seconda condizione si realizza solo allorquando gli arbitri siano nominati sussistendo l'accordo di tutte le parti, ovvero se le parti abbiano conferito l'ufficio di nomina ad un terzo, o quando le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominino d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidino ad un terzo la nomina. Pertanto, la realizzabilità dell'effetto utile costituito dalla trattazione unitaria di tutte le controversie nei confronti di tutte le parti litiganti, risulta rimessa alla volontà delle parti stesse, essendosi voluto affermare *“con forza il principio per cui le parti non possono essere espropriate del diritto di nominare gli arbitri”* ^(34,35).

⁽³³⁾ Il nuovo art. 816 *quater* c.p.c., rubricato *“Pluralità di parti”*, così recita: *“Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve ad un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano ad un terzo la nomina. Fuori dei casi previsti dal precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime. Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in stato di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile”*.

⁽³⁴⁾ Mutuando qui l'espressione utilizzata da BOVE Mauro, *Senza anticipo spese decade la convenzione*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 100 e ss., a giudizio del quale il legislatore, mediante l'introduzione della norma in esame, avrebbe inteso operare *“una chiara inversione di tendenza rispetto al principio accolto, invece, nell'art. 34, comma II, del D.Lgs 5/2003, ai sensi del quale, in materia di arbitrato societario, fondato su clausola compromissoria statutaria, le parti possono individuare il numero e le modalità di nomina degli arbitri conferendo in ogni*

Il potenziamento dell'istituto arbitrale con riguardo alla possibilità di convogliare nel medesimo procedimento più posizioni giuridiche soggettive, facenti capo a soggetti diversi, deriva altresì dalla previsione di cui al successivo art. 816 *quinquies* c.p.c., il quale consente l'intervento volontario di terzi o la chiamata di questi ultimi nel procedimento arbitrale, qualora vi sia il consenso delle parti originarie e del terzo e l'assenso degli arbitri. Sono poi sempre ammessi (anche in difetto delle summenzionate condizioni) l'intervento *ad adjuvandum* di cui all'art. 105, comma II, del Codice di rito ⁽³⁶⁾ e l'intervento del litisconsorte necessario. Dispone inoltre il medesimo articolo l'applicazione all'arbitrato della disposizione di cui all'art. 111 c.p.c., riguardante la "*Successione a titolo particolare nel diritto controverso*".

caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società".

⁽³⁵⁾ Osservazioni critiche sul punto sono formulate da BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., p. 231, il quale rileva come "pretendere il rispetto della volontà delle parti, come fa la delega, significa condannare la convenzione di arbitrato alla sua inoperatività in tutti i casi in cui gli interessi delle molteplici parti non siano spontaneamente raggruppati «in due soli gruppi omogenei e contrapposti». Tant'è che, inevitabilmente, il D.Lgs. n. 40 del 2006 [...] deve concludere che, fuori di tali casi, si può solo dare vita a tanti procedimenti arbitrali quante sono le parti convenute: con tutte le negative conseguenze quanto a diseconomie e rischio di giudicati contraddittori".

⁽³⁶⁾ In proposito BOVE Mauro, *Senza anticipo spese decade la convenzione*, *ibidem*, sollevava osservazioni dubitative intorno alla possibilità per il terzo interventore di nominare un suo arbitro: "deve egli accettare il tribunale arbitrale così come è composto? Sembrerebbe doversi dare risposta affermativa senza che con ciò si violi il principio per cui tutte le parti devono poter partecipare alla formazione del collegio, risultando semplicemente che il terzo, se non vuole accettare il collegio, può ben rimanere estraneo al procedimento arbitrale. Resta la possibilità che tutti i protagonisti della scena siano d'accordo per porre mano a un "reimpasto" nel collegio. Riemerge il peso della scelta effettuata dal legislatore delegante per cui la formazione del collegio deve sempre rimanere nel potere delle parti, anche in caso di processo complicato".

Sono presenti molti altri indizi, all'interno delle nuove disposizioni introdotte dalla novellazione in parola, che appalesano, *“in maniera coerente ed inequivocabile, l'intento del legislatore di avvicinare l'arbitrato al giudizio ordinario”* ⁽³⁷⁾: in proposito è opportuno accennare alla disciplina dettata, all'art. 813 *ter* c.p.c., con riguardo alla responsabilità degli arbitri ⁽³⁸⁾. La disposizione in esame richiama, per l'individuazione delle residuali fattispecie in cui è configurabile una responsabilità degli arbitri, la normativa in materia di responsabilità civile dei magistrati, di cui alla Legge 13 aprile 1988 n. 117.

Ancora, la nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c. ⁽³⁹⁾ introduce una *“regola fondamentale nella cognizione dell'arbitro, che emerge nella distinzione tra “conoscere” e “decidere”*” ⁽⁴⁰⁾: l'arbitro è abilitato alla cognizione, in virtù della predetta disposizione, ancorché solamente in via incidentale, di tutte le questioni, pur sottratte all'arbitrabilità, rilevanti per la decisione della controversia, purché la legge non imponga in merito una decisione con efficacia di giudicato. Qualora le questioni

⁽³⁷⁾ È fedelmente qui ripresa la terminologia di CORSINI Filippo, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, op. cit.

⁽³⁸⁾ A giudizio di BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., p. 229, la disposizione sulla responsabilità degli arbitri costituisce una *“previsione che trova riscontro in altre legislazioni in materia di arbitrato”* (come l'art. 28 dell'*International Arbitration Act* del 1974 dell'Australia e l'art. 9 della Legge portoghese del 29 agosto 1986 n. 31 sull'arbitrato; altre legislazioni fanno invece riferimento alla normativa generale dettata per la responsabilità contrattuale) ed *“è da approvare quale richiamo all'attenzione dell'arbitro perché siano adottati comportamenti coerenti con il valore riconosciuto alla funzione arbitrale nella composizione delle controversie quale alternativa alla giustizia statale”*.

⁽³⁹⁾ Il legislatore delegato ha così attuato il criterio direttivo secondo cui *“gli arbitri possano conoscere in via incidentale delle questioni pregiudiziali non arbitrabili, salvo che per legge sia necessaria la decisione con efficacia di giudicato autonomo”*.

⁽⁴⁰⁾ Così, testualmente, CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, op. cit.

incidentali rientrino nell'ambito di applicazione oggettivo della convenzione di arbitrato, esse sono decise con efficacia di giudicato su domanda di parte; risulta invece necessaria l'istanza di tutte le parti, (e così una proroga della convenzione di arbitrato), affinché su una questione non compresa nella convenzione di arbitrato, sia consentita una decisione munita dell'efficacia di giudicato. *“Alla pari del giudice ordinario, [l'arbitro ndr] non incontra limiti nella sua cognizione (incidentale), ed incontra i limiti del patto (come il giudice incontra i limiti della sua competenza stabilita per legge) soltanto nella decisione delle questioni pregiudiziali”* ⁽⁴¹⁾. Ne risulta una disciplina che disegna i due *modi operandi*, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, in maniera assai simile: *“entrambi possono infatti conoscere di questioni senza limitazioni [...] ed entrambi debbono porsi la questione della propria competenza (o, se si preferisce, della propria legittimazione) allorché il “conoscere” si qualifichi nel “decidere”*” ⁽⁴²⁾.

Del pari, la nuova formulazione dell'art. 819 *bis* c.p.c., che contempla le ipotesi in cui ha luogo la sospensione del procedimento arbitrale, traccia una vistosa similitudine con la disciplina dettata per i casi di sospensione del giudizio instaurato innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria: così – al pari di quanto avviene con riguardo ad un giudizio instaurato dinanzi al giudice ordinario – il giudizio arbitrale può/deve essere sospeso nell'eventualità in cui si debba dare applicazione all'art. 75, comma III, c.p.p. ⁽⁴³⁾; nel caso in cui gli arbitri rimettano alla Corte Costituzionale

⁽⁴¹⁾ Citando testualmente CAPPONI Bruno, *ibidem*.

⁽⁴²⁾ Le sopraesposte conclusioni sono da attribuire a CAPPONI Bruno, *ibidem*.

⁽⁴³⁾ Ossia, come recita il comma III dell'art. 75 c.p.p., rubricato *“Rapporti tra azione civile e azione penale”* nel caso in cui l'azione civile sia *“proposta nei*

una questione di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 23 della Legge 11 marzo 1953 n. 87 ⁽⁴⁴⁾; qualora nel corso del procedimento arbitrale sia invocata l'autorità di una sentenza e questa sia impugnata, dovendosi dare applicazione all'art. 337, comma II, c.p.c.

È stato però osservato che sarebbe risultato opportuno ^(45,46), ai fini di una più completa equiparazione tra il procedimento arbitrale ed il giudizio innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, ed in nome dell'esigenza, riconosciuta dalla Legge delega, di una “razionalizzazione

confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo sentenza penale di primo grado”. Ricorrendo tale eventualità, il processo civile deve essere sospeso “sino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazione, salve le eccezioni previste dalla legge”.

⁽⁴⁴⁾ La disposizione in parola ha inoltre dato copertura normativa alla riconosciuta possibilità per il collegio arbitrale, (si veda, in proposito, la ben nota C. Cost. 28 novembre 2001 n. 376), di sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte Costituzionale. Osservava però sul punto BOVE Mauro, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 104 e ss., che la formulazione della norma in esame, la quale prevede la sospensione del procedimento arbitrale nell'eventualità in cui gli arbitri rimettano al giudizio della Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale, avrebbe dovuto chiarire che, per gli arbitri, la rimessione alla Consulta della questione di costituzionalità rappresenta “solo una possibilità e non un dovere. [...] tenendo presente che quella arbitrale è una giurisdizione fondata sul consenso e, quindi, delimitata dal consenso delle parti, per cui non è pensabile che gli arbitri rimettano la questione alla Consulta e sospendano il processo senza un incarico a tale scopo conferito dalle parti stesse”.

⁽⁴⁵⁾ Rilevava BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., che l'ostacolo all'adozione di una disposizione in materia era rappresentato dalla “storica avversione per l'arbitrato” nutrita dal legislatore italiano. Il riconoscimento in capo all'arbitro del potere cautelare avrebbe avvicinato l'esperienza italiana all'esempio già offerto dalla maggioranza degli altri Paesi. Proseguiva l'Autore: “Avere escluso un tale potere pone invece il nostro Paese in una posizione di pressoché totale isolamento nel contesto internazionale, tale da dissuadere parti ed istituzioni arbitrali dal designare l'Italia quale sede di arbitrato ogni qualvolta siano presenti soggetti stranieri”.

⁽⁴⁶⁾ Formulava tale osservazione anche VERDE Giovanni, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 81 e ss.

della disciplina dell'arbitrato" ⁽⁴⁷⁾, il riconoscimento di un, sia pur limitato, potere cautelare in capo all'arbitro. La riproduzione, nell'attuale art. 818 c.p.c., del divieto per gli arbitri di concedere sequestri od altri provvedimenti cautelari troverebbe la sua motivazione nell'assenza, nell'arbitro, in quanto soggetto investito di compiti di natura privata, di potestà d'imperio, rimanendo l'imposizione di cautela esclusivo appannaggio della giurisdizione statale. È stato però rilevato che una tale giustificazione non può essere accolta se non nei limiti in cui sia *"riferibile alla fase successiva della misura cautelare, quella della sua esecuzione"*. Viceversa il problema della mancanza di *imperium* in capo agli arbitri atterrebbe anche alla fase di pronuncia del lodo stesso, il quale, se non spontaneamente eseguito, abbisogna, per la sua attuazione, dell'intervento del giudice statale quale *"organo fornito di quel potere di coazione di cui è certamente privo l'arbitro"* ⁽⁴⁸⁾. Ad un intervento legislativo che intendeva presentarsi quale momento di razionalizzazione della disciplina sull'arbitrato non sarebbe stato nemmeno consentito di trascurare l'opportunità che il giudice della cautela fosse anche quello del merito – come confermato, del resto, dalla maggioranza degli ordinamenti stranieri –, provvedendo a che le parti, una volta optato per la via arbitrale per la risoluzione della controversia tra loro insorta, non debbano ricorrere, nel frattempo ed ai fini dell'ottenimento di un provvedimento cautelare, alla via giurisdizionale.

⁽⁴⁷⁾ Così come prescritto quale criterio direttivo per il legislatore delegato, all'art. 1, comma III, lett. b), della Legge 14 maggio 2005 n. 80.

⁽⁴⁸⁾ Formula le presenti osservazioni BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., p. 232, che sarcasticamente affermava *"non v'è chi non veda come, a questa stregua, aver lasciato all'arbitro il potere di pronunciare il lodo sia, a dir poco, manifestazione di incoerenza del nostro legislatore"*.

Certamente però, le novità di maggiore spessore che la novellazione in parola ha apportato – ai fini dell’analisi dei rapporti intercorrenti tra il fenomeno arbitrale e la giurisdizione ordinaria, oggetto del presente lavoro –, sono rappresentate dalla rinnovata formulazione delle disposizioni di cui agli artt. 817 c.p.c. – ora rubricato: *“Eccezione di incompetenza”* –, 819 *ter* c.p.c. – ora rubricato : *“Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria”* –, e 824 *bis* c.p.c., la cui rubrica recita: *“Efficacia del lodo”*.

La breve introduzione sinora condotta sulla nuova disciplina dell’arbitrato consente la formulazione di alcune osservazioni conclusive: in primo luogo, se da un lato occorre dar conto dell’indubbia consistenza dell’intervento riformatore in parola, *“sia da un punto di vista sistematico che sostanziale”*, dall’altro, appare doveroso rilevare che il legislatore, più che porre le premesse per un *“nuovo corso”* dell’arbitrato ⁽⁴⁹⁾, è piuttosto intervenuto su distinti e specifici aspetti della disciplina arbitrale, *“soprattutto nel tentativo di risolvere problemi di dettaglio e di contrastare orientamenti giurisprudenziali non graditi”* ⁽⁵⁰⁾. In secondo luogo, e consequenzialmente – in consonanza con una parte della dottrina – sembra appropriato esprimere una qualche delusione per la perduta opportunità di realizzare una più profonda ed avanzata riforma della materia ^(51,52).

⁽⁴⁹⁾ Per utilizzare il lessico di CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, op. cit.

⁽⁵⁰⁾ Sono riprese le considerazioni di CAPPONI Bruno, *ibidem*.

⁽⁵¹⁾ Un sentimento di disillusione in ordine alla scarsa capacità dell’intervento riformatore in parola di *“accreditare maggiormente l’istituto arbitrale come strumento alternativo alla giustizia erogata dallo Stato”* è nutrito da VERDE Giovanni, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, op. cit., p. 84. L’Autore affermava in proposito che *“di una riforma analitica dell’arbitrato non c’era bisogno e bastava inserire, nella disciplina del processo*

2. *L'efficacia del lodo secondo il nuovo art. 824 bis c.p.c.: l'avvenuta riconduzione dell'istituto arbitrale nell'alveo giurisdizionale*

Coerentemente con la formulazione della Legge delega sul punto – la quale prevedeva quale criterio direttivo “*che il lodo, anche non omologato, [avesse ndr] gli effetti di una sentenza*”⁽⁵³⁾ –, la novellazione di cui al D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 ha introdotto il nuovo art. 824 bis c.p.c., rubricato “*Efficacia del lodo*”, ai sensi del quale “*Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”. La norma assume una notevole portata, in quanto volta, deliberatamente⁽⁵⁴⁾, al superamento della posizione giurisprudenziale che attribuiva all'arbitrato rituale, ed al lodo che vi pone termine, una valenza meramente negoziale. Per comprendere appieno il significato che la presente disposizione riveste nell'ordinamento, appare però

ordinario, una disposizione sul rapporto fra giudice e arbitro, quale è stata introdotta, in luogo non proprio, con l'art. 819 ter, oltre a qualche modesto (e non urgente) ritocco per risolvere le non molte questioni dibattute in dottrina e in giurisprudenza”. Concludeva infine con la considerazione per la quale il legislatore è rimasto ancorato ai tratti fondamentali della disciplina vigente, e, “*nella migliore delle ipotesi, le cose rimarranno così come erano prima e l'istituto [arbitrale ndr] non ne uscirà potenziato*”.

(⁵²) Ritiene invece di trovarsi “*veramente di fronte ad un nuovo diritto dell'arbitrato*”, SOLDATI Nicola, *I principi della terza riforma dell'arbitrato*, op. cit., p. 426.

(⁵³) La Legge delega 14 maggio 2005 n. 80 prevedeva tale criterio direttivo all'art. 1, comma III, lett. b).

(⁵⁴) Ritiene CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, Padova, 2006, p. 176, che “*è proprio nel quadro di una (eccessiva) reazione a siffatto orientamento che si spiega l'ambiziosa eppur ingenua previsione dell'art. 824 bis c.p.c.*”.

indispensabile un breve *excursus* sul tema dell'efficacia del lodo e sulla relativa evoluzione normativa e giurisprudenziale.

L'originaria formulazione dell'art. 825 c.p.c., contenuta nel Codice di rito risalente al 1940, prevedeva in capo agli arbitri l'obbligo del deposito del lodo presso la cancelleria della Pretura del luogo ove era stato pronunciato. Tale obbligazione doveva essere assolta nel termine perentorio di cinque giorni dalla sottoscrizione della decisione arbitrale, pena la radicale perdita di validità, sul piano giuridico, del lodo stesso. Il Pretore, dunque, accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, lo dichiarava esecutivo mediante decreto di omologazione, per effetto del quale la decisione arbitrale acquistava "*efficacia di sentenza*" e diveniva impugnabile nei modi stabiliti dall'art. 827 c.p.c.

Tale configurazione normativa aveva indotto la prevalente dottrina ⁽⁵⁵⁾ e la giurisprudenza maggioritaria ⁽⁵⁶⁾ a ritenere che il lodo, di per sé improduttivo di alcun effetto, avrebbe acquistato, mediante l'omologa pretorile, lo stesso valore della sentenza pronunciata dal giudice statale. Altra parte della dottrina, seppur minoritaria, ravvisava invece nel lodo un atto di natura privatistica, che, per effetto dell'omologazione,

⁽⁵⁵⁾ Così REDENTI Enrico, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 459 e ss.; CAPACCIOLI Enzo, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, Padova, 1957, p. 30 e ss.; CARNACINI Tito, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 1, Torino, 1957, pp. 879 e ss.; SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1958, pp. 5 e ss.; ANDRIOLI Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, pp. 747 e ss.; VECCHIONE Renato, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 44 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Si vedano, tra le altre, Cass. Civ., 31 luglio 1944 n. 454, in *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, pp. 175 e ss.; Cass. Civ., S.U., 9 maggio 1956 n. 1505, in *Foro italiano*, 1955, I, pp. 847 e ss., con nota di ANDRIOLI Virgilio; Cass. Civ., 10 dicembre 1981 n. 6532, in *Foro italiano*, 1982, I, pp. 404 e ss.

assumeva effetti analoghi a quelli di una sentenza, senza che ciò mutasse la sua natura originaria ⁽⁵⁷⁾).

Successivamente, la Legge 9 febbraio 1983 n. 28 – nell'intento di facilitare il riconoscimento dei lodi italiani all'estero eliminando la necessità della previa omologazione in Italia – inserì, all'art. 823 c.p.c., un nuovo comma, che attribuiva alla decisione arbitrale “*efficacia vincolante tra le parti*” dalla data della sua ultima sottoscrizione. Fu altresì abrogata la prescrizione che imponeva agli arbitri il deposito del lodo presso la cancelleria della Pretura competente entro il termine perentorio di cinque giorni, stabilendosi invece un onere, in capo alla parte interessata a “*far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica*”, di deposito dello stesso entro il termine perentorio di un anno dalla consegna.

Sulla base di tale mutata realtà normativa, la dottrina formulò le più varie ricostruzioni: un primo orientamento, coerentemente con l'asserita natura negoziale della decisione arbitrale, riteneva che il lodo, pur sottoscritto dagli arbitri, non producesse effetti equipollenti a quelli tipici della sentenza, essendo dotato un'efficacia meramente negoziale ⁽⁵⁸⁾; un'altra opinione riconosceva invece al lodo munito di sottoscrizione l'effetto di accertamento proprio della sentenza, pur ritenendo necessaria l'omologa ai soli fini dell'acquisto dell'efficacia esecutiva e della qualità di titolo

⁽⁵⁷⁾ Così FAZZALARI Elio, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, p. 459; SATTA Salvatore, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1972, pp. 162 e ss.; PUNZI Carmine, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1973, I, p. 337;

⁽⁵⁸⁾ In tal senso, FAZZALARI Elio, *Una buona «Novella»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 6; PUNZI Carmine, *La riforma dell'arbitrato (osservazioni a margine della Legge 9 febbraio 1983, n. 28)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1983, p. 84.

per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ed eventualmente per la trascrizione nei pubblici registri immobiliari (⁵⁹). In posizione intermedia si collocavano quelle ricostruzioni che riconoscevano alla decisione arbitrale sottoscritta, ma non omologata, un'efficacia negoziale sospensivamente condizionata al mancato o non tempestivo deposito (⁶⁰), ovvero che ritenevano che il deposito tempestivamente effettuato costituisse condizione imprescindibile per far acquisire al lodo efficacia di sentenza (⁶¹).

Con l'avvento della Legge 5 gennaio 1994 n. 25 (⁶²), furono abrogati l'inciso per il quale la decisione arbitrale acquisiva "*efficacia di sentenza*" di cui all'art. 825, comma V, c.p.c. e la previsione del termine annuale entro il quale effettuare il deposito della stessa. Per effetto di tali modifiche, dunque, l'"*efficacia vincolante*" di cui all'art. 823 c.p.c.

(⁵⁹) In questo senso, RICCI Edoardo Flavio, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la Legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rivista di diritto processuale*, 1983, pp. 635 e ss.; TARZIA Giuseppe, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1987, pp. 14 e ss.;

(⁶⁰) In proposito si vedano MONTESANO Luigi, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato*, in *Foro italiano*, 1983, I, pp. 160 e ss.; CARPI Federico, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 47.

(⁶¹) In questo senso, GRASSO Eduardo, in *AA.VV., L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, a cura di VERDE Giovanni, Napoli, 1985, pp. 27 e ss.

(⁶²) Nella Relazione che accompagnava il disegno di legge contenente le nuove disposizioni inserite nella Legge 5 gennaio 1994 n. 25, il legislatore manifestava *apertis verbis* l'intenzione di "*abbandonare nella formulazione della nuova normativa sull'arbitrato, una soluzione conforme alla natura privata del lodo, costituente l'epilogo di un'attività scaturente dall'autonomia contrattuale delle parti e quindi diversa da quella giudiziaria*". Tale fine doveva essere perseguito riconoscendo che "*il lodo ha fin dalla sua deliberazione effetti di accertamento analoghi a quelli di una sentenza*". Tale proposito però non fu realizzato, poiché il legislatore intervenne espungendo dal dettato normativo non solo il *nomen* di "*sentenza arbitrale*", ma la stessa locuzione "*efficacia di sentenza*", finendo per esaltare la differenza di effetti tra lodo e sentenza.

rimaneva l'unico indice normativo capace di orientare l'interprete, sulla cui base si formarono due orientamenti: il primo, che riconosceva alla decisione arbitrale effetti di sentenza *ab origine*, (eccetto quelli relativi all'esecutività, all'idoneità quale titolo per la trascrizione nei pubblici registri e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale) ⁽⁶³⁾; il secondo, che attribuiva al lodo esclusivamente l'efficacia di un negozio, assoggettabile ad impugnazione soltanto nelle forme e nei termini di cui agli artt. 827 e ss. c.p.c., e, nondimeno, inidoneo al passaggio in giudicato ⁽⁶⁴⁾.

Ha aderito alla tesi dell'efficacia negoziale della decisione arbitrale la Corte di Cassazione, a partire dalla ben nota sentenza 3 agosto 2000 n. 527, la quale *“ha riconosciuto nel dictum degli arbitri l'atto conclusivo di un procedimento di natura integralmente privatistica, finalizzato alla risoluzione della controversia mediante una regolamentazione negoziale*

⁽⁶³⁾ Così RICCI Edoardo Flavio, *L'«efficacia» vincolante del lodo arbitrale dopo la Legge n. 25 del 1994*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 817 e ss.; in *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 259 e ss. ed in *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 376 e ss.; CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili generali*, op. cit., p. 176; CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corriere giuridico*, 2003, pp. 678 e ss.; MENCHINI Sergio, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 733 e ss.; MANDRIOLI Crisanto, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2004, pp. 363 e ss.; TARZIA Giuseppe, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 644.

⁽⁶⁴⁾ In questo senso, PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, II p. 199 e ss.; PUNZI Carmine, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, pp. 242 e ss.

degli interessi in conflitto, che vincola le parti in virtù del consenso da esse manifestato all'atto della stipulazione del compromesso" ⁽⁶⁵⁾.

L'introduzione dell'art. 824 *bis* c.p.c., dunque, si pone al culmine della complessa evoluzione normativa e giurisprudenziale sopra tratteggiata: la disposizione in parola, secondo l'interpretazione che appare preferibile, opera una piena equiparazione effettuale ⁽⁶⁶⁾ tra la decisione arbitrale e la sentenza del giudice togato ⁽⁶⁷⁾, riconoscendo l'idoneità del lodo al passaggio in giudicato sia formale, sia sostanziale ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ Così BOCCAGNA Salvatore, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio – LUISO Francesco Paolo, III, Torino, 2007, pp. 5986 e ss.

⁽⁶⁶⁾ In proposito RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 951 e ss., spec. pp. 954-955, rileva che, essendo stato "mantenuto l'istituto della così detta «omologa» come strumento per attribuire al lodo arbitrale il predicato della esecutività, [...] il lodo non omologato può equipararsi alla sentenza giudiziaria soltanto per quanto concerne gli effetti di accertamento e gli effetti costitutivi". Anche TOMMASEO Ferruccio, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 199 e ss., spec. pp. 200-201, nota ⁽⁴⁾, osserva come l'attuale testo normativo equipari in tutto e per tutto il lodo alla sentenza giudiziale, salvo per quanto riguarda l'efficacia esecutiva. Così, l'Autore ha modo di notare come il legislatore, nel far riferimento alla pronuncia degli arbitri usi ancora l'espressione "lodo", mentre ben potrebbe tornare all'antico quando, nonostante la necessità dell'*exequatur*, la legge faceva riferimento alla "sentenza arbitrale": riconosce però, infine, che "questa reticenza è soltanto verbale, chiara essendo l'equiparazione totale della decisione degli arbitri rituali a quelle dei giudici statuali".

⁽⁶⁷⁾ In proposito GALGANO Francesco, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 297 e ss., afferma che "fra i tanti monopoli che lo Stato del nostro tempo sta perdendo, c'è anche il monopolio della giurisdizione. Giudice naturale non è più soltanto il giudice togato, investito di imperium. Alla tutela giurisdizionale dei diritti non provvede solo, secondo la formula dell'art. 2907 c.c., l'autorità giudiziaria; possono provvedere, sulla base di una apposita convenzione d'arbitrato, ove si controverta su diritti disponibili, anche giudici non togati"; e, più oltre, l'Autore rileva che "l'imperium necessario per costituire, modificare o estinguere fra i singoli rapporti giuridici o per fare stato nei rapporti fra di essi non è solo prerogativa dell'organo giurisdizionale dello Stato; spetta, in presenza delle condizioni previste dalla legge, anche a giudici privati, abilitati a iurisdicare, ossia a pronunciare, come ora si esprime

Con riguardo alle conseguenze che tale equiparazione produce, si afferma che, in primo luogo, al lodo sono riconducibili tutti gli effetti “che si compendiano nella nozione di giudicato sostanziale di cui all’art. 2909 c.c.”⁽⁶⁹⁾, e cioè l’attitudine a “fare stato ad ogni effetto” tra le parti, i loro eredi o aventi causa, a porsi quale *lex specialis* del rapporto controverso, prevalendo sullo *jus superveniens* retroattivo e sulla dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata dagli arbitri⁽⁷⁰⁾. Il legislatore non si è tuttavia espresso con riguardo all’individuazione del preciso istante in cui l’efficacia di giudicato venga a prodursi: parte

l’art. 824 bis, con i medesimi effetti delle sentenze pronunciate dall’autorità giudiziaria”.

⁽⁶⁸⁾ In questo senso, RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull’arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 953 e ss.; CORSINI Filippo, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell’arbitrato*, in www.judicium.it; GALGANO Francesco, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, op. cit., pp. 297 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Citando testualmente BOCCAGNA Salvatore, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio – LUISO Francesco Paolo, op. cit., p. 5989.

⁽⁷⁰⁾ Così D’ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824 bis c.p.c.*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2007, pp. 529 e ss., spec. p. 547. L’Autrice precisava che, con riguardo alle sopravvenienze in diritto ovvero in fatto, occorre tenere presente che “la statuizione posta dal lodo farà riferimento alla situazione di fatto esistente nell’ultimo momento utile per l’allegazione di fatti nel processo arbitrale, non essendo fisiologicamente consentita la modifica della quaestio facti, così come ricostruita dagli arbitri, in sede di impugnazione per nullità (né, dunque, nell’eventuale fase rescissoria). Ciò significa che sarà possibile instaurare un nuovo giudizio arbitrale o statale per far valere i fatti sopravvenuti rispetto a tale momento, senza vedersi vittoriosamente opposta l’eccezione di precedente lodo rituale”. Inoltre, è necessario rammentare che “il lodo pronunciato dagli arbitri farà riferimento alla situazione di diritto esistente al momento della sua deliberazione, tenendo presente le sopravvenienze normative successive all’apertura del giudizio arbitrale ma che precedano tale istante”. L’Autrice considerava poi che “attualmente la possibilità, per le parti, di invocare lo *jus superveniens* avverso il tenore del lodo sembra sussistere [solamente ndr] quando per volontà delle parti o per legge sia ammesso il controllo del giudice statale sulle norme di diritto riguardanti il merito della controversia”.

della dottrina ritiene che essa sia riconducibile al momento in cui la decisione arbitrale, al pari di quanto avviene per la sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria, abbia acquisito “*una tendenziale stabilità come atto*” ⁽⁷¹⁾. È da ritenere così che il lodo acquisisca una tendenziale stabilità di effetti quando sia ormai preclusa l'impugnazione per nullità, per decorso dei termini di cui all'art. 828 c.p.c. ⁽⁷²⁾, ed “a

⁽⁷¹⁾ Così CONSOLO Claudio, *Lodo rituale e preliminare inadempito: efficacia traslativa immediata?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 729 e ss. e D'ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, op. cit., p. 539. L'Autrice ritiene che si debba riconoscere al lodo la capacità di produrre gli effetti di cosa giudicata sostanziale dal momento in cui esso abbia acquisito “*una certa stabilità come atto*”, argomentando a partire dal dato normativo di cui all'art. 2945 c.c. L'articolo di cui trattasi, dopo aver equiparato gli effetti della domanda arbitrale a quelli prodotti dalla domanda giudiziale in ordine al decorso del termine di prescrizione del diritto controverso, stabilisce che un nuovo termine di prescrizione inizi a decorrere nel momento in cui passa in giudicato formale la sentenza statale od il lodo che definisce il processo. Così facendo, la disposizione lascia intendere che “*il lodo acquista idoneità al giudicato sostanziale quando acquisisce una tendenziale stabilità di effetti*”.

⁽⁷²⁾ Quando invece sia stata proposta ed accolta l'impugnazione per nullità avverso la decisione arbitrale, e la Corte d'appello abbia compiuto la fase rescissoria, la produzione degli effetti di giudicato sostanziale si avrà nel momento dello scadere del termine utile per la proposizione del ricorso per cassazione, ovvero all'esito dello stesso, argomentando a partire dall'art. 2945, comma III, c.c., secondo cui la prescrizione non corre sino al momento in cui “*passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione*”. Qualora l'impugnazione per nullità sia invece rigettata, si configurano due ipotesi interpretative: la prima sostiene condivisibilmente l'argomentazione per la quale – muovendo dall'art. 2945, comma III, c.c. nella parte in cui fa riferimento al momento del passaggio in giudicato della sentenza resa sull'impugnazione – il giudicato sostanziale si produce solo all'esito dello scadere del termine per proporre ricorso per cassazione ovvero alla conclusione del giudizio di legittimità. Una seconda ipotesi interpretativa conduce invece a ritenere che il giudicato sostanziale si produca in un momento anteriore, ossia nel momento stesso in cui è emanata la sentenza della Corte d'appello di rigetto dell'impugnazione per nullità, (senza dunque doversi attendere la scadenza del termine utile per la proposizione del ricorso per cassazione) a cagione dell'equiparazione, desumibile dal tenore dell'art. 829, n. 8, c.p.c., tra la sentenza ed il lodo non più impugnabile (per nullità). Per una lettura diametralmente opposta

partire da quella data, l'efficacia di accertamento [e costitutiva ndr ⁽⁷³⁾] contenuta nel lodo sarà suscettibile di essere fatta valere in un diverso processo arbitrale ovvero in un diverso giudizio statale” ^(74,75). Altra parte della dottrina ritiene invece che la produzione dell'efficacia di giudicato sostanziale sia riconducibile alla decisione arbitrale nel momento stesso della sua emanazione ⁽⁷⁶⁾.

In secondo luogo, è ascrivibile al lodo condannatorio non più impugnabile, pur se non omologato, l'effetto di cui all'art. 2953 c.c., cioè la trasformazione della prescrizione breve in prescrizione decennale, al pari di quanto avviene con riguardo ai “*diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni [...], quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato*” ⁽⁷⁷⁾.

della disposizione di cui all'art. 829, n. 8. c.p.c., si veda, più oltre, nel testo, l'opinione di PUNZI Carmine, «*Efficacia di sentenza» del lodo*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 819 e ss.

⁽⁷³⁾ Ritiene che anche l'effetto costitutivo disposto dal lodo si produca nel momento in cui esso diventa idoneo al giudicato sostanziale, al pari di una sentenza dell'autorità giudiziaria, CONSOLO Claudio, *Lodo rituale e preliminare inadempito: efficacia traslativa immediata?*, op. cit., pp. 729 e ss. Di diverso avviso BOCCAGNA Salvatore, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, pp. 364 e ss., che riteneva invece (seppur anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40) che tale momento fosse da ravvisarsi nell'istante stesso dell'emanazione del lodo.

⁽⁷⁴⁾ Citando testualmente D'ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, op. cit., p. 540.

⁽⁷⁵⁾ Per quanto attiene al momento in cui è possibile attribuire al lodo condannatorio l'efficacia esecutiva, si ricorda che l'ottenimento della stessa avviene nel momento della pronuncia dell'*exequatur* giudiziale, ex art. 825 c.p.c.

⁽⁷⁶⁾ In questo senso BOCCAGNA Salvatore, *L'impugnazione per nullità del lodo*, op. cit., pp. 364 e ss.

⁽⁷⁷⁾ Secondo il tenore letterale dell'art. 2953 c.c. Così AULETTA Ferruccio, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)* a cura di MENCHINI Sergio, in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, pp. 1392 e ss., spec. 1396.

Trovando poi applicazione il principio della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame – espresso con riferimento alle sentenze all’art. 161 c.p.c. – eventuali vizi del lodo potranno essere fatti valere soltanto mediante l’esperimento dei mezzi d’impugnazione per esso previsti, e dunque attraverso l’impugnazione per nullità, la cui mancata tempestiva proposizione consoliderà gli effetti della pronuncia, anche laddove si tratti di effetti *contra legem* non conseguibili attraverso un atto di autonomia privata ⁽⁷⁸⁾. Ancora, al lodo dovrà ricollegarsi la c.d. “efficacia negativa” del giudicato, “*ossia l’attitudine a impedire una nuova pronuncia sul medesimo rapporto sostanziale, con la conseguenza che la domanda eventualmente (ri)proposta potrà essere paralizzata da un’eccezione di rito*” ^(79,80), attinente ad un presupposto processuale

⁽⁷⁸⁾ Così BOCCAGNA Salvatore, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio – LUISO Francesco Paolo, op. cit. p. 5989.

⁽⁷⁹⁾ Citando testualmente BOCCAGNA Salvatore, *ibidem*.

⁽⁸⁰⁾ Secondo D’ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824 bis c.p.c.*, op. cit., p. 550, se il lodo non più soggetto ad impugnazione per nullità ha la medesima efficacia di accertamento incontrovertibile di un giudicato statale, anche l’eccezione di precedente lodo deve essere trattata allo stesso modo dell’eccezione di antecedente giudicato. Di contrario avviso una recente pronuncia della Corte di Cassazione (si veda Cass. Civ., 11 settembre 2007 n. 19090) che, muovendo dalla tesi della natura privatistica del lodo, affermava che “*Il principio della rilevabilità d’ufficio del giudicato (anche) esterno, risultante da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, non opera con riferimento al lodo arbitrale, che è un atto negoziale riconducibile al dictum di soggetti privati e non muta la propria originaria natura per l’attribuzione a posteriori degli effetti della sentenza*”. In precedenza, in questo senso si era già pronunciata Cass. Civ., 27 novembre 2001 n. 15023, con nota di MENCHINI Sergio, *La natura e la disciplina dell’eccezione con la quale è fatta valere l’efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2002, pp. 287 e ss.

negativo e ricondotta, come accade con riguardo al giudicato statale, al *ne bis in idem* ^(81,82).

Con riferimento all'estensione oggettiva del giudicato, il lodo, al pari di una sentenza statale, non si estenderà ai diritti che siano in rapporto di pregiudizialità tecnica con quello dedotto in arbitrato e di cui l'arbitro

⁽⁸¹⁾ In quanto attinente ad un presupposto processuale negativo, essa sarà rilevabile anche d'ufficio dal giudice del processo in cui ne sia invocata l'efficacia. In passato, la giurisprudenza si mostrava costante nell'escludere che l'eccezione di precedente giudicato potesse essere fatta valere dalle parti per la prima volta in sede di ricorso per cassazione, a motivo della considerazione per cui l'art. 395, n. 5, c.p.c. era ritenuto prescrivere alle parti, onde far valere la violazione di un precedente giudicato non rilevata anteriormente, l'impugnazione della sentenza mediante revocazione. In conseguenza dell'esclusione del potere delle parti di rivolgersi direttamente alla Corte di Cassazione, senza prima aver percorso la via dell'impugnazione mediante revocazione, alcuni Autori escludevano anche la possibilità per la Suprema Corte di rilevazione d'ufficio della violazione del precedente giudicato non eccepita precedentemente, neppure ove essa fosse risultata dagli atti del processo. In tal senso MENCHINI Sergio, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 61. *Contra*, BOVE Mauro, *La Corte di Cassazione come giudice di terza istanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, pp. 954 e ss., spec. p. 597, il quale ritiene che l'esistenza della violazione di un precedente giudicato possa essere rilevata d'ufficio dalla Corte di Cassazione, qualora essa risulti dagli atti del processo, conformemente a quanto statuito da Cass. Civ., S.U., 25 maggio 2001 n. 226, in *Foro italiano*, 2001, 1, 2810 e ss., la quale ha stabilito che "l'esistenza di un giudicato esterno, è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d'ufficio, ed il giudice è tenuto a pronunciare sulla stessa qualora essa emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito".

⁽⁸²⁾ Giova ricordare al proposito una riflessione formulata dalla dottrina processualciviltistica tedesca, la quale, pur continuando a ritenere che l'esistenza di un precedente lodo non più impugnabile integri un presupposto processuale, è propensa a sostenere che il processo debba chiudersi in rito per carenza del presupposto processuale positivo dell'interesse ad agire, e non già a causa dell'integrazione del presupposto processuale negativo del *ne bis in idem*, come comunemente si ritiene in proposito. Ciò sarebbe suffragato dalla considerazione secondo la quale le ragioni di economia processuale che sottendono alla regola del *ne bis in idem* sussisterebbero soltanto a fronte di una precedente richiesta di tutela giurisdizionale statale e non, invece, a fronte di una precedente azione arbitrale. Si tratta però di un rilievo meramente teorico, in quanto, qualunque si preferisca delle tesi sopraesposte, il risultato sarà sempre una sentenza declinatoria in rito della seconda domanda, vuoi a motivo dell'assenza di un presupposto processuale positivo, vuoi a motivo della presenza di un presupposto processuale negativo.

abbia avuto cognizione solamente in via incidentale, al solo fine di emettere la decisione sul diritto dipendente oggetto del processo arbitrale ⁽⁸³⁾. Secondo alcuni ⁽⁸⁴⁾, altro “*effetto della riforma sarebbe la possibilità di estendere l’oggetto del giudicato arbitrale fino a ricomprendervi (nei limiti, beninteso, in cui ciò si ritenga possibile in relazione alla sentenza del giudice togato) il rapporto giuridico complesso di cui è parte o su cui si fonda il diritto fatto valere in giudizio*” ⁽⁸⁵⁾. Tale assunto appare senz’altro degno di condivisione con riguardo alle ipotesi in cui l’intero rapporto risulti ricompreso nell’ambito di operatività oggettiva della convenzione di arbitrato; qualora invece si versi nella condizione in cui l’oggetto della convenzione arbitrale si estenda solamente a singole pretese od effetti, e non anche all’intero rapporto giuridico fondamentale, sembra dubbio che l’effetto estensivo dell’efficacia del giudicato possa essere predicato in relazione a quest’ultimo ⁽⁸⁶⁾.

Si nutrono altresì dei dubbi in ordine alla questione del se l’equiparazione effettuale tra lodo e sentenza possa consentire di riconoscere al primo l’idoneità a produrre effetti riflessi nei confronti di soggetti estranei alla convenzione di arbitrato ed al procedimento

⁽⁸³⁾ Così D’ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824 bis c.p.c.*, op. cit., p. 543.

⁽⁸⁴⁾ Così BOVE Mauro, in BOVE Mauro – CECHELLA Claudio, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, pp. 91 e ss.

⁽⁸⁵⁾ Come ripreso da BOCCAGNA Salvatore, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio – LUISO Francesco Paolo, op. cit., p. 5990.

⁽⁸⁶⁾ Così BOCCAGNA Salvatore, *ibidem*.

arbitrale ⁽⁸⁷⁾. Parte della dottrina ⁽⁸⁸⁾, muovendo dall'origine privatistica dell'istituto, ritiene che il lodo, a differenza del giudicato, possa produrre effetti rigorosamente *inter partes*, ovvero, al più, unicamente nei confronti di quei terzi che sarebbero comunque vincolati agli effetti di un atto negoziale altrui (ossia i successori o aventi causa che abbiano acquistato i loro diritti in un momento successivo alla chiusura del procedimento arbitrale, nonché i titolari di una situazione permanentemente dipendente da quella dedotta innanzi agli arbitri). Quanti esulano dalla predetta categoria non possono essere soggetti ad alcuna efficacia *ultra partes* (nemmeno di tipo dimidiato ex artt. 1485, 2859 e 2870 c.c.) e così sarebbero assoggettati all'efficacia riflessa del giudicato solo se vincolati alla convenzione arbitrale. A favore di una piena equiparazione tra decisione arbitrale e sentenza si pone, tuttavia, altra parte della dottrina ⁽⁸⁹⁾, la quale ritiene che il lodo sia in grado di produrre la medesima efficacia *ultra partes* del giudicato statale, e che la

⁽⁸⁷⁾ Un'esplicita previsione normativa che prevede l'efficacia *ultra partes* del lodo è contenuta nell'art. 35, comma IV, del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, con riferimento all'arbitrato societario.

⁽⁸⁸⁾ Così D'ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, op. cit., p. 544, CONSOLO Claudio, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, pp. 273-274, e in *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili generali*, op. cit., p. 185; AULETTA Ferruccio, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, op. cit., pp. 1396 e ss., e MONTESANO Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, pp. 57 e ss.

⁽⁸⁹⁾ Così BOVE Mauro, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE Mauro – CECHELLA Claudio, *Il nuovo processo civile*, op. cit., p. 92 e LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, IV, pp. 426 e ss. Prima dell'entrata in vigore della riforma, altri Autori sostenevano la medesima tesi: MENCHINI Sergio, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, op. cit., pp. 288 e ss., spec. pp. 297 e ss.

negazione di tale idoneità darebbe adito, anzi, a dubbi di costituzionalità, con riferimento al parametro di cui all'art. 3 Cost. ⁽⁹⁰⁾.

Il dibattito dottrinale sull'efficacia del lodo rituale, cui l'art. 824 *bis* c.p.c. avrebbe dovuto, nelle intenzioni del legislatore, togliere ogni ragion d'essere, è invece ripreso con inatteso vigore ⁽⁹¹⁾, a cagione delle sollecitazioni formulate dal versante dottrinale che sosteneva (e continua a sostenere, pur nella vigenza dell'attuale disciplina) la natura e l'efficacia negoziale del lodo ⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ Così RICCI Edoardo Flavio, *Il lodo rituale di fronte a terzi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, pp. 655 e ss.

⁽⁹¹⁾ PUNZI Carmine, «Efficacia di sentenza» del lodo, op. cit., pp. 819 e ss., rileva come il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 “già ad un primo avvicinamento, sembra destinato, probabilmente in senso contrario alle intenzioni degli attuali novellatori, non già a sopire bensì a riaccendere quel dilemma fra la contrattualità e la giurisdizionalità che caratterizza la storia dell'istituto”.

⁽⁹²⁾ Riconosce in proposito PUNZI Carmine, *ibidem*, che “l'introduzione dell'art. 824 *bis* nel tessuto del Codice di rito e la contestuale eliminazione di quell'«efficacia vincolante» che fino ad oggi era riconosciuta al lodo non appena dopo l'ultima sottoscrizione sembrano segnare un punto di non ritorno nel dibattito sull'efficacia del lodo, chiudendo anche il più piccolo spiraglio alla tesi della negozialità dell'arbitrato e del suo epilogo”. Più oltre, l'Autore riprende però a sostenere la sua tesi, affermando che “questa nuova disposizione [...] cessa di rispondere alle intenzioni dei codificatori e acquista vita e senso alla luce dei principi fondamentali del sistema [...]: ed è rispetto a questi che si deve vagliare quali siano e in cosa consistano, rispetto al lodo rituale, gli evocati effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”. Tuttavia ci permettiamo di osservare come l'art. 12 delle Disposizioni preliminari al Codice civile detti la gerarchia dei criteri interpretativi della legge, ponendovi al vertice proprio il criterio letterale e l'intenzione del legislatore. Il ricorso al criterio dei principi generali dell'ordinamento giuridico (*analogia juris*) – che l'Autore sembra invece privilegiare nel commento della disposizione di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. – è invece consentito in via residuale, quando neppure sia possibile ricorrere alle disposizioni che “regolano casi simili o materie analoghe” (*analogia legis*). Sul punto anche ODORISIO Emanuele, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, pp. 253 e ss., rilevava, riprendendo le osservazioni di PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 963 e ss., spec. p. 973, come “l'esperienza ci insegna che

Segnatamente, le opinioni in parola ritengono che il nuovo art. 824 *bis* c.p.c. non sia idoneo a sancire l'identità o l'equivalenza, sul piano sostanziale, tra la pronuncia degli arbitri e quella del giudice statale ⁽⁹³⁾: *“dal punto di vista sostanziale, gli effetti del lodo sono e rimangono, in quanto diretta derivazione del simul promittere stare sententiae arbitri, cui le parti si impegnano con la stipulazione del patto compromissorio, effetti di tipo negoziale, ai quali è estranea la possibilità di conseguire quella particolare qualità o stabilità, consistente nell'irretrattabilità dell'accertamento, che è propria dell'autorità dell'atto giurisdizionale passato in giudicato”* ⁽⁹⁴⁾.

È stato rilevato in proposito come il legislatore non fornisca un vero e proprio appiglio testuale dal quale far discendere, con certezza, l'attitudine della decisione arbitrale al conseguimento della forza del giudicato statale: il dato testuale che si ricava dalla disposizione in commento infatti, si riferisce all'“*efficacia*” e non all'“*autorità*” della

non è certo con il ricorso alla formula della «efficacia di sentenza» che il legislatore può illudersi di mettere fine al dibattito, atteso che si tratta di una formula che, come tutti sanno, era già presente in passato nel nostro codice e che certo non aveva impedito il «sorgere di perplessità sulla chiarezza di una siffatta locuzione, nonché i contrasti circa il suo significato normativo».

⁽⁹³⁾ Sul punto FAZZALARI Elio, *Questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 661 e ss., sollevava dubbi di legittimità costituzionale della norma in esame, in quanto consentirebbe ad un privato – l'arbitro – l'esercizio della funzione giurisdizionale in violazione dell'art. 102 Cost., che affida tale funzione unicamente ai giudici dello Stato. *Contra*, CONSOLO Claudio, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, op. cit., p. 274, ove afferma che “il lodo [...] attualmente riceve dall'ordinamento [...] una immediata efficacia analoga a quella della sentenza, pur promanando da privati; né ciò lede gli artt. 25, 101 e 102 Cost. [...]. Incostituzionale è, questo sì, l'arbitrato obbligatorio imposto per legge, che deborda nell'istituzione inammissibile di nuovi giudici speciali”.

⁽⁹⁴⁾ Così PUNZI Carmine, *ivi*, pp. 963 e ss.

sentenza. Autorevole dottrina ⁽⁹⁵⁾ aveva in merito operato una ben nota distinzione tra l'efficacia di sentenza, da un lato – la quale coincide con l'imperatività, ossia la vincolatività del concreto provvedimento –, e l'autorità della cosa giudicata, dall'altro – la quale non è un effetto della sentenza, ma una particolare qualità di tali effetti, consistente nella immutabilità ed incontrovertibilità dell'accertamento in essa contenuto –. Se, da un lato, la caratteristica dell'imperatività è senz'altro propria anche della decisione arbitrale, se con essa si intende riferirsi alla capacità della stessa di porre fine ad una lite, dettando al riguardo la *lex specialis* del rapporto giuridico controverso, dall'altro “*appare invece contrario al fondamento negoziale dell'istituto e alla fonte privata dei poteri esercitati dagli arbitri*” ⁽⁹⁶⁾) affermare l'irretrattabilità e l'incontrovertibilità del comando contenuto nel lodo, una volta che questo non sia più soggetto alle impugnazioni. L'equiparazione, sul piano sostanziale, tra il *dictum* degli arbitri e la sentenza, sarebbe infatti preclusa proprio a cagione dell'insopprimibile diversità che sussiste tra il fondamento della *potestas iudicandi* degli arbitri e quella del giudice ordinario: mentre l'autorità giudiziaria è investita del potere di *ius dicere* direttamente dall'ordinamento ed esercita istituzionalmente le sue funzioni, gli arbitri, al contrario, derivano il proprio potere solamente

⁽⁹⁵⁾ Si veda in proposito LIEBMAN Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, II, pp. 400 e ss., ed in *Manuale di diritto processuale civile, I principi*, Milano, 2002, pp. 247 e ss., a cura di COLESANTI Vittorio – MERLIN Elena – RICCI Edoardo Flavio, ove si precisa, sintomaticamente, che la imperatività della sentenza è un attributo tipico ed esclusivo del pubblico potere e perciò degli atti giuridici statali, di cui sono dotati tanto gli atti normativi ed amministrativi, quanto gli atti giurisdizionali, cioè le sentenze.

⁽⁹⁶⁾ Così argomentava PUNZI Carmine, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, op. cit., p. 836.

dall'investitura delle parti litigiose per effetto della stipulazione della convenzione d'arbitrato ⁽⁹⁷⁾: *“ed è proprio questo irriducibile ed insopprimibile fondamento negoziale o privatistico dell'istituto, [...] il punto di contraddizione del sistema costruito dall'odierno legislatore”* ⁽⁹⁸⁾. Una volta acclarata l'origine esclusivamente negoziale dell'arbitrato, è agevole osservare, dunque, che gli arbitri, nell'esercizio della loro *potestas iudicandi*, incontrano gli stessi limiti che l'ordinamento impone agli atti esercizio di autonomia privata, ossia la disponibilità dei diritti ed il rispetto delle norme inderogabili di ordine pubblico ⁽⁹⁹⁾: per l'insieme di tali ragioni, sembra pertanto inadeguato riconoscere in capo al lodo l'idoneità a produrre un accertamento incontrovertibile qual è quello contenuto in una sentenza passata in giudicato ⁽¹⁰⁰⁾, anche laddove il

⁽⁹⁷⁾ Invero, costituirebbe indice militante a favore di questa tesi, la considerazione per la quale gli arbitri sono soggetti privati, come confermato dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 813 c.p.c., secondo la quale *“agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio”* e della disposizione di cui all'art. 818 c.p.c., secondo cui *“gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari”*.

⁽⁹⁸⁾ Così testualmente PUNZI Carmine, *ibidem*.

⁽⁹⁹⁾ Muovendo dalla considerazione per la quale *“unico e sufficiente presupposto per compromettere una lite in arbitri è la disponibilità del diritto controverso”*, PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in materia di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, op. cit., argomentava la collocazione dell'arbitrato nell'ambito dell'autonomia privata, *“intesa esattamente come quello spazio di libertà che i privati rivendicano nei confronti dello Stato”*. Affermava l'Autore in proposito: *“Si deve osservare che se i privati, nell'ambito della loro autonomia negoziale, possono decidere o far decidere delle controversie privatamente, essi non possono però conseguire quei risultati e quell'effetto di cosa giudicata sostanziale che compete solo alle sentenze dello Stato”*.

⁽¹⁰⁰⁾ Intorno al novellato art. 819 c.p.c., nella parte in cui dispone che gli arbitri decidano le questioni pregiudiziali *“con efficacia di giudicato”* su domanda di parte, se comprese nella convenzione di arbitrato, su domanda di tutte le parti se non comprese nella convenzione, PUNZI Carmine, *«Efficacia di sentenza» del lodo*, op. cit., p. 837, ed in *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, p. 979, solleva addirittura un dubbio di

dictum arbitrale contenga disposizioni ovvero produca effetti abdicativi di diritti indisponibili ovvero contrari all'ordine pubblico. Se si ammettesse che la decisione degli arbitri è idonea a produrre, dal punto di vista sostanziale, un accertamento incontrovertibile, al pari di un giudicato statale, si sarebbe costretti ad ammettere anche che a mezzo di un arbitrato si potrebbe giungere al consolidamento di effetti *contra legem* od in frode alla stessa, cui non è in alcun modo possibile pervenire mediante un atto di autonomia privata ⁽¹⁰¹⁾.

Ancora, sarebbe possibile la confutazione della tesi dell'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza argomentando a partire dal mancato coordinamento sistematico del nuovo art. 824 *bis* c.p.c. con il sistema del Codice di rito: ad esempio, l'art. 829, comma I, n. 8, c.p.c. prevede, quale vizio di nullità del lodo, la contrarietà dello stesso a sentenza

costituzionalità per eccesso di delega in relazione all'art. 76 Cost. Si veda sul punto anche ODORISIO Emanuele, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., pp. 253 e ss., il quale, assumendo che l'espressione "*efficacia di giudicato*" sia stata usata in modo improprio dal legislatore, afferma che la disposizione potrebbe tuttavia assumere un significato costituzionalmente compatibile qualora si sia disposti a riconoscere che il legislatore delegato avesse inteso attribuire a quella locuzione "*efficacia di giudicato*", contenuta al comma II del predetto articolo, il significato di vera e propria decisione sulla questione pregiudiziale, in contrapposizione alla *cognitio incidentalis* della stessa, disciplinata al comma I dello stesso articolo.

⁽¹⁰¹⁾ Mancando, con riguardo all'arbitrato, un rimedio analogo a quello, previsto per le sentenze del giudice ordinario, di cui all'art. 397, n. 2, c.p.c., che prevede la possibilità per il pubblico ministero di impugnare mediante revocazione le sentenze, pronunciate nelle cause in cui il suo intervento è obbligatorio ai sensi dell'art. 70 c.p.c., che siano "*l'effetto della collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge*". Argomentava sul punto PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, op. cit., p. 979, che l'assenza di un tale rimedio condurrebbe "*al paradossale risultato che attraverso un lodo non più impugnabile i privati possano raggiungere un assetto di interessi in frode alla legge, non solo più resistente degli altri negozi, [...] ma anche della stessa sentenza, per la quale è, invece, prevista tale impugnazione straordinaria*".

“passata in giudicato” o ad “altro precedente lodo non più impugnabile”, distinguendo così la “non impugnabilità” del lodo dal “passaggio in giudicato” della sentenza; l’art. 2945 c.c., del pari, sottolinea la tale diversità, nel momento in cui prescrive che la prescrizione del diritto controverso rimane sospesa a partire “dal momento della notificazione dell’atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull’impugnazione” ⁽¹⁰²⁾.

Le conclusioni che, a parere del versante dottrinale della cui opinione si dà conto, si dovrebbero trarre in merito al significato precettivo di cui all’art. 824 *bis* del Codice di rito – dopo aver asserito la non identità od equivalenza, sul piano sostanziale, fra la pronuncia degli arbitri e quella del giudice statale –, sarebbero le seguenti: l’efficacia di sentenza che si deve attribuire alla decisione arbitrale non si riferisce al regime sostanziale del lodo, bensì al suo regime processuale. Il lodo arbitrale, cioè, *“a differenza dell’ordinanza, è irrevocabile e immodificabile da parte degli arbitri che lo hanno pronunciato, è sottratto alle normali impugnazioni negoziali ed all’azione di risoluzione per inadempimento ed è invalidabile soltanto con le impugnazioni processuali di cui agli artt. 827 ss. c.p.c. fin dal momento dell’ultima sottoscrizione”* ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Formulava tali osservazioni PUNZI Carmine, *«Efficacia di sentenza» del lodo*, op. cit., p. 838.

⁽¹⁰³⁾ Così, testualmente, PUNZI Carmine, *ivi*, p. 840, ed in *Luci ed ombre nella riforma dell’arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, pp. 395 e ss., spec. p. 434.

Una simile costruzione teorica – formulata da una “*corrente dottrinale minoritaria, ma autorevole*” ⁽¹⁰⁴⁾, di cui tuttavia si è ritenuto opportuno dar conto – non può, a nostro avviso, trovare accoglimento: essa sembra piuttosto risolversi in una ostinata difesa di una antica presa di posizione, quanto mai cieca dinanzi alla presente e mutata realtà normativa. La tesi integralmente negoziale dell’arbitrato rituale – ossia non solo quanto alle origini ma altresì quanto agli effetti e al valore giuridico attribuibile al *decisum* arbitrale – “*non è persuasiva già su un piano generale e con buone ragioni non è accolta dalla prevalente dottrina né dalla giurisprudenza tradizionale, né [...] da quasi tutti gli ordinamenti stranieri e specialmente da quelli europei*” ^(105, 106): *l’equiparazione effettuale di base tra lodo e sentenza della magistratura togata, quanto a tipo di efficacia e sua stabilità e quanto a significato dei rimedi*

⁽¹⁰⁴⁾ Riprendendo il giudizio di CONSOLO Claudio, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, op. cit., p. 270, che riconduce la formulazione della teoria in commento al versante dottrinale “*che, su qualche spunto di Chiovenda, si dipana prima nell’opera di Satta ed oggi in quella di Punzi e della scuola romana*”.

⁽¹⁰⁵⁾ La tradizionale giurisprudenza – prima della ben nota Cass. Civ., S.U., 3 agosto 2000 n. 527, che ha abbracciato in modo radicale la tesi della negozialità del lodo – per decenni ha riconosciuto nell’arbitrato rituale un equipollente della giurisdizione, seppur affidato a giudici privati.

⁽¹⁰⁶⁾ RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull’arbitrato*, op. cit., p. 955, commentando l’introduzione della disposizione di cui all’art. 824 *bis* c.p.c., ed aderendo alla tesi della piena equiparazione effettuale tra lodo e sentenza, affermava: “*Finalmente, anche il diritto italiano avrà un lodo arbitrale equipollente a quello degli altri Paesi, come tale capace di essere riconosciuto come vero e proprio «lodo arbitrale» anche all’estero ai sensi delle Convenzioni internazionali*”. Si ricordano in proposito le considerazioni del medesimo Autore sulla difficoltà del riconoscimento all’estero di un lodo cui fossero da attribuire effetti esclusivamente negoziali, già menzionate nel testo, al Par. 4, Cap. 1, pp. 96 e ss.

esperibili, è diritto vivente incontroverso nello spazio e nel tempo” ⁽¹⁰⁷⁾. Appare dunque consonante allo spirito del legislatore, alle esigenze sistematiche sopra accennate ed alla lettera della legge, affermare, con la dottrina maggioritaria, e la più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità ⁽¹⁰⁸⁾ che la piena equiparazione, sostanziale ed effettuale, tra lodo e sentenza, “*appartiene, al [presente e ndr] futuro diritto italiano*” ⁽¹⁰⁹⁾.

3. La riconosciuta piena equipollenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione

Con la disposizione di cui al terzo periodo del primo comma dell’art. 819 *ter* c.p.c. il legislatore delegato ha esercitato l’opzione di individuare nel regolamento di competenza (necessario e facoltativo) ⁽¹¹⁰⁾ il mezzo di impugnazione della “*sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la*

⁽¹⁰⁷⁾ Così CONSOLO Claudio, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, op. cit., p. 270.

⁽¹⁰⁸⁾ Per i cui riferimenti ci permettiamo di rinviare al Par. che segue.

⁽¹⁰⁹⁾ Per utilizzare le parole di RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull’arbitrato*, op. cit., p. 955.

⁽¹¹⁰⁾ Come si vedrà *infra*, nel testo, la proposizione del regolamento di competenza (necessario o facoltativo) avverso la sentenza del giudice ordinario che abbia statuito, negativamente o positivamente, sulla propria *potestas iudicandi*, non comporta la sospensione del procedimento in relazione al quale il regolamento è stato proposto, in conformità a quanto disposto dal comma II dell’art. 819 *ter* c.p.c., il quale – anche dopo l’intervento ablativo operato da C.Cost. 19 luglio 2013 n. 223, per la quale v. *infra* – esclude l’applicabilità, nei rapporti tra autorità giudiziaria ed arbitri, dell’art. 48 del Codice di rito.

propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato" (¹¹¹). Il legislatore inoltre, testualmente, ha utilizzato termini quali "*competenza*" ed "*incompetenza*", ed ha equiparato, quanto a regime applicabile, l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione di un accordo compromissorio all'eccezione di incompetenza per territorio derogabile.

Tuttavia, l'opzione prescelta dal legislatore non costituisce un indice univoco che consenta di affermare la sussumibilità delle questioni relative ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria nella categoria della competenza tecnicamente intesa (¹¹²). Una cospicua parte della dottrina (¹¹³) si attesta nel ritenere che l'utilizzo della terminologia "*competenza*" ed "*incompetenza*" sia avvenuto ad opera del legislatore in modo atecnico, cioè in un senso diverso da quello che essa normalmente assume (¹¹⁴), e che neppure la previsione del rimedio impugnatorio del regolamento di competenza valga a configurare detti rapporti nei termini anzidetti, anche alla luce della considerazione per cui

(¹¹¹) Ci riportiamo ancora fedelmente alla terminologia utilizzata dal legislatore. Questa opzione è stata preferita a quella – pur prefigurata in dottrina (CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, op. cit.) – del reclamo al collegio da definirsi con ordinanza non impugnabile, "*sulla falsariga di quello cautelare*".

(¹¹²) Nel senso della non qualificabilità delle relazioni tra giudice ordinario ed arbitri in termini di competenza, LUISO Francesco Paolo, *Rapporti fra arbitro e giudice*, op. cit., pp. 785-786; CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, op. cit. ed in *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, op. cit.; PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., p. 137 e ss.; BOVE Mauro, *Discutibile la scelta del «sistema tedesco»*, op. cit., p. 108; condivide parzialmente detta impostazione BOCCAGNA Salvatore, in *Codice di procedura civile commentato*, op. cit., p. 5955, il quale peraltro definisce "*l'equiparazione delle questioni concernenti la potestas iudicandi arbitrale alle questioni di competenza [...] soltanto parziale*".

(¹¹³) Per la quale ci riportiamo all'elencazione di cui alla nota (²⁰⁶).

(¹¹⁴) In questo senso LUISO Francesco Paolo, *Rapporti fra arbitro e giudice*, op. cit., pp. 785-786.

il legislatore, come per i provvedimenti di sospensione del processo *ex art. 295 c.p.c.*, avrebbe sempre potuto optare per l'applicabilità di un istituto al di fuori del suo campo originario ⁽¹¹⁵⁾.

Pur avendo attribuito, con l'*art. 824 bis c.p.c.*, al lodo “*gli effetti della pronunzia dell'autorità giudiziaria*” (eccezion fatta per quelli previsti al successivo *art. 825 c.p.c.*), sul versante della disciplina del rapporto fra giudizio ordinario e procedimento arbitrale il legislatore invece “*aveva scelto di non scegliere tra le possibili opzioni, dettando una nuova disciplina ambigua e lacunosa*” ⁽¹¹⁶⁾.

E così, nel mentre si è ammesso che la sentenza che afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato sia impugnabile con il regolamento necessario o facoltativo di competenza, e si è parificato il regime dell'eccezione di compromesso a quello dell'incompetenza territoriale derogabile, il legislatore, per contro, ha stabilito, nell'originaria formulazione del comma II della disposizione in commento, che “*nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295*” del Codice di rito ^(117,118).

⁽¹¹⁵⁾ Così LUISO Francesco Paolo, *Rapporti fra arbitro e giudice*, op. cit., pp. 785-786.

⁽¹¹⁶⁾ V., testualmente, ACONE Modestino, “*Translatio iudicii*” *tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, in *Foro italiano*, 2013, pp. 2697 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Connetteva tale rilievo agli argomenti che escludono che i rapporti tra giudici ordinari ed arbitri siano inquadrabili nello schema della competenza, BOVE Mauro, *Discutibile la scelta del «sistema tedesco»*, op. cit., p. 108. V. altresì BOVE Mauro, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1305, ove l'Autore evidenziava che “*l'art. 819 ter c.p.c. tratta l'eccezione di patto compromissorio di fronte al giudice statale come un'eccezione di incompetenza nel momento in cui prevede che la relativa decisione sia impugnabile con regolamento di competenza. Ma, per il*

Siffatta esclusione determinava infatti, da un lato – contrariamente a quanto sarebbe accaduto se dette relazioni fossero state inquadrabili nello schema tecnico della competenza –, la non applicabilità della disciplina della *translatio iudicii* tra procedimento ordinario ed arbitrale, e viceversa: ancorché tale disciplina potesse procurare il benefico, e non trascurabile, corollario della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della proposizione della domanda; dall'altro lato, la impossibilità per il giudicante che si fosse ritenuto a sua volta privo di *potestas iudicandi* di sollevare, mediante la proposizione del regolamento di competenza d'ufficio, il conflitto di competenza dinanzi alla Corte di Cassazione; ed, infine, la non sospensione dei processi relativamente ai quali si fosse chiesto il regolamento di competenza.

Certa parte della dottrina ⁽¹¹⁹⁾ aveva altresì affermato che l'esclusione espressa di “*regole corrispondenti*” a quella affermata all'art. 44 del

resto, la stessa norma allontana questa eccezione da quella di incompetenza nel momento in cui esclude l'applicabilità degli articoli 44, 45, 48 e 50 c.p.c.”.

⁽¹¹⁸⁾ In commento a tale disposizione CAPPONI Bruno, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, op. cit., osservava che “*bastava dichiarare inapplicabile l'art. 50 c.p.c. per rendere automaticamente inapplicabile anche l'art. 44, e del resto lo stesso art. 45 c.p.c. – del quale pure viene espressamente sancita l'inapplicabilità – non ha possibilità di sopravvivere in un contesto dal quale sia esclusa l'applicazione dell'art. 50*”. In commento all'espressa esclusione dell'applicabilità dell'art. 48 c.p.c., lo stesso Autore poneva in evidenza che, “*sebbene ne sia esclusa in generale l'applicabilità in subiecta materia, occorrerà invece ritenerla nel caso del regolamento facoltativo per far salvo il disposto del comma III, ult. periodo, dell'art. 43 c.p.c. (altrimenti verrebbe di fatto meno la stessa possibilità di impugnare la sentenza su competenza e merito col solo regolamento)*”. Con riguardo infine all'esclusione dell'art. 295 c.p.c. nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, l'Autore rilevava come anche tale espressa previsione dell'art. 819 ter c.p.c. risultasse pleonastica: “*allo stesso risultato conducevano già gli artt. 816 sexies e 819 bis c.p.c.*”.

⁽¹¹⁹⁾ Si veda in proposito CAPPONI Bruno, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, op. cit., alla riflessione del quale appartengono i rilievi che seguono.

Codice di rito comportava *la negazione di qualsiasi efficacia vincolante* della sentenza sulla competenza del giudice in ragione di un accordo compromissorio di devoluzione ad arbitri, e viceversa, costituendo l'esclusione *de qua* un chiaro indizio delle modalità con le quali il legislatore avrebbe inteso disciplinare, nel loro complesso, le relazioni intercorrenti tra la giustizia arbitrale e quella ordinaria. Dalla premessa, espressamente codificata, per la quale la sentenza del giudice declinatoria della propria potestà decisoria non avrebbe mai potuto esplicitare alcuna efficacia vincolante per il collegio arbitrale – innanzi al quale comunque il rapporto processuale non era in nessun caso destinato a proseguire (la pronuncia declinatoria non contenendo giammai la designazione del collegio arbitrale individuato come “competente”, proprio a cagione del fatto che, per espressa volontà normativa, non era configurabile alcuna riassunzione della causa presso il collegio arbitrale stesso), bensì sarebbe dovuta essere riproposta *ex novo*, cagionando l'infausto quanto irrimediabile risvolto della consunzione definitiva degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla proposizione della domanda giudiziale ⁽¹²⁰⁾ –,

⁽¹²⁰⁾ CAPPONI Bruno, *ibidem*, sulla scorta delle riflessioni sinora condotte, rilevava come il sistema c.d. delle “vie parallele”, così concepito dal legislatore, esponesse l'attore, sin dal momento in cui la questione sulla competenza si trovava *sub iudice*, “al rischio della prescrizione “occulta” dei suoi diritti”. Al fine di evitare il prodursi di tale infausta eventualità, l'Autore consigliava il compimento di regolari atti interruttivi (stragiudiziali) della prescrizione del diritto controverso. Seguire siffatta raccomandazione (invero sovrabbondante per il rischio-prescrizione, alla luce dell'art. 2943, ultimo comma, c.c.) si sarebbe tuttavia rivelato inutile con riguardo ai termini decadenziali, di consueto più brevi di quelli prescrizionali, il cui decorso non può essere impedito se non con il compimento dell'atto previsto dalla legge (atto che, ai fini della presente analisi, deve essere individuato nella proposizione della domanda giudiziale), non essendo applicabile alla decadenza la disciplina della interruzione e della sospensione dettata per la prescrizione: così CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, Padova, 2006, pp. 133 e ss. Nell'allora (ancora)

detto versante dottrinale desumeva che, dall'angolo visuale dell'autorità giudiziaria, la questione attinente alla propria competenza/incompetenza non sarebbe consistita nello *“stabilire quale “ufficio” [fosse ndr] effettivamente competente, come avviene di norma per le decisioni sulla competenza (che interessano esclusivamente rapporti tra giudici precostituiti per legge), ma soltanto [nello stabilire “minimalisticamente” ndr] se lo stesso giudice adito [fosse] legittimato, oppure no, a decidere la controversia”* ⁽¹²¹⁾.

Sulla scorta delle predette considerazioni la dottrina in esame giungeva pertanto a ritenere che, in sede di eventuale successivo giudizio arbitrale, in quanto *“nuovo giudizio che non ha (se non in senso meramente storico) alcun legame col [precedente giudizio ordinario ndr]”* ⁽¹²²⁾, si sarebbe potuta concretare l'eventualità, per le parti davvero frustrante ed ancor più irreparabile ⁽¹²³⁾, di una rinnovata pronunzia declinatoria in rito, resa da un collegio arbitrale che, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., si doveva reputare unico giudice della propria competenza.

Anche nel caso speculare a quello anzidetto, e cioè nel caso in cui il giudice ordinario avesse affermato la propria potestà decisoria in ordine ad una controversia, ma lo avesse fatto in modo erroneo – essendo stata

negata possibilità della prosecuzione della controversia innanzi all'organo, arbitrale o giurisdizionale, individuato come competente, la preservazione dell'effetto impeditivo della decadenza, prodotto dalla proposizione della domanda originaria, non poteva dunque aver luogo, ed induceva alla prudenziale duplice adizione di entrambe le vie.

⁽¹²¹⁾ Così testualmente CAPPONI Bruno, *ibidem*.

⁽¹²²⁾ Così testualmente CAPPONI Bruno, *ibidem*.

⁽¹²³⁾ Rilevava in proposito CAPPONI Bruno, *ibidem*, che *“Le parti, in tal caso, rimarrebbero prigionieri del labirinto della doppia declinatoria, avendo speso molta attività [e fors'anche molti soldi] soltanto alla ricerca di un “giudice” disposto ad occuparsi della loro controversia”*.

la *res iudicanda* successivamente ritenuta dalla Corte regolatrice ricompresa in una convenzione di arbitrato –, le parti sarebbero rimaste esposte ai medesimi rischi: segnatamente, in caso di vittorioso esperimento del regolamento avverso la sentenza del giudice ordinario affermativa della propria competenza, la decisione della Suprema Corte affermativa della “competenza” degli arbitri (*rectius*: dell’incompetenza del giudice) “[sarebbe equivalsa ndr] *ad una cassazione senza rinvio della sentenza affermativa della competenza*” ⁽¹²⁴⁾. E questa, pure in tal caso, avrebbe trascinato al proprio seguito la sventura della definitiva perdita degli effetti sostanziali e processuali generati dalla domanda giudiziale e, a coronamento del tutto, sempre il rischio di una rinnovata pronuncia declinatoria da parte degli arbitri ^(125,126).

⁽¹²⁴⁾ Si riporta fedelmente la considerazione di CAPPONI Bruno, *ibidem*.

⁽¹²⁵⁾ Certa parte della dottrina aveva tuttavia scorto una possibilità di coordinamento, in grado di procurare alle parti la liberazione dal “labirinto della doppia declinatoria”: dinanzi ad una rinnovata pronuncia declinatoria da parte degli arbitri, sembrava quanto meno doveroso ritenere che la statuizione della Corte regolatrice, adita in sede di regolamento di competenza avverso la precedente sentenza declinatoria della competenza del giudice ordinario, si imponesse “in prospettiva” alla Corte d’appello tenuta a giudicare la validità ed efficacia della convenzione di arbitrato in sede di eventuale successivo giudizio di impugnazione per nullità del lodo: così realizzandosi il coordinamento tra le sedi arbitrale ed ordinaria tramite il recupero dell’efficacia vincolante della pronuncia della Corte di Cassazione – di per sé non predicabile nei confronti degli arbitri – a valle dell’esperimento dell’impugnativa per nullità.

⁽¹²⁶⁾ L’opposto versante dottrinale, per il quale si veda LUISO Francesco Paolo, *Rapporti fra arbitro e giudice*, op. cit., pp. 790 e ss., contrapponendosi in modo netto all’impostazione surriferita, ricollegava invece un’efficacia vincolante in successivi procedimenti (arbitrali ed ordinari) concernenti il medesimo oggetto alla sentenza che avesse declinato la competenza in ragione della convenzione di arbitrato, a valle di una cognizione pur meramente incidentale della questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato. Replicando anche a tal riguardo i rilievi svolti in relazione alla speculare ipotesi di pronuncia declinatoria assunta dal collegio arbitrale, la dottrina in esame affermava essere “*indispensabile per il corretto funzionamento delle c.d. vie parallele, che la*

L'esclusione della *translatio iudicii* nei rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario aveva così suscitato in dottrina forti perplessità anche di spessore costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. Impedendo la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta al giudice o all'arbitro incompetente non sarebbe stata consentita la realizzazione, nei rapporti fra arbitrato e processo, del principio cardine del giusto processo, secondo cui il processo mira a concludersi con pronunce di merito, eccezionali essendo i casi in cui la violazione di norme disciplinatrici del processo impone che questo si concluda mediante pronunce di *absolutio ab instantia* ⁽¹²⁷⁾. Inoltre si è

sentenza, la quale decide sull'eccezione di convenzione di arbitrato, abbia effetti al di fuori del processo in cui è stata pronunciata". In particolare, la dottrina *de qua* riteneva che un sistema che consentisse la parallela praticabilità di entrambe le sedi, arbitrale ed ordinaria, per la soluzione della medesima controversia, e che ammettesse, in ciascuna sede adita, la autonoma valutazione da parte di ciascun giudicante della propria *potestas iudicandi* – che è quanto dire: della questione relativa all'esistenza, validità ed efficacia della medesima convenzione di arbitrato –, in assenza di alcun meccanismo preventivo di coordinamento, non sarebbe stato in grado di “*funzionare se la decisione (ovviamente definitiva) che si produce in una sede non [potesse] essere spesa nell'altra*”. E ciò anche in forza della considerazione per la quale proprio l'esclusione dell'applicazione, nei rapporti tra arbitri e giudice, della disposizione di cui all'art. 45 c.p.c. – norma che “*consente al giudice di “ribellarsi” ad una sentenza passata in giudicato*” in materia di competenza – avrebbe consentito di “*attribuire alla sentenza che pronuncia incidentalmente sulla convenzione di arbitrato la stessa efficacia della sentenza che pronuncia principaliter su tale convenzione*”. Sulla base di tali premesse l'orientamento dottrinale *de quo* reputava che “*le ragioni che inducono giurisprudenza e dottrina a far propria la teorica del c.d. antecedente logico necessario, e ad estendere, quindi, l'efficacia del giudicato al rapporto giuridico fondamentale, [fossero ndr] presenti non con minor forza in questa sede*”. Per questa tesi, formulata dalla dottrina tedesca, v. ZEUNER Albrecht, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tubinga, 1959, pp. 72 e ss.

⁽¹²⁷⁾ V. in proposito BOCCAGNA Salvatore, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, pp. 313 ss.; BOCCAGNA Salvatore, *Art. 819 ter c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO Claudio, Milano, 2010, pp.

osservato che la disciplina avrebbe comportato un'irragionevole disparità di trattamento nel confronto con quella dei rapporti fra giudici ordinari e speciali, soprattutto a seguito delle celeberrime pronunce Cass. Civ., S.U., 22 febbraio 2007 n. 4109 e C.Cost., 12 marzo 2007 n. 77 (^{128,129}),

1924 ss.; MURONI Raffaella, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, pp. 335 ss.; ORIANI Renato, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti fra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Foro italiano*, 2007, I, p. 1009; BOVE Mauro, *Ancora sui rapporti tra arbitrato e giudizio statale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 357 ss., con considerazioni riprese in *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della Legge n. 69/2009*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 82 ss.; MENCHINI Sergio, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2013, pp. 363 ss., spec. pp. 402 ss.; ZIINO Salvatore, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819 ter, comma II, c.p.c.)*, in *Sull'arbitrato*, op. cit., p. 913 ss.; VERDE Giovanni, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, pp. 215 ss. Prima dell'intervento riformatore di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, si erano mostrati favorevoli alla *translatio iudicii* nei rapporti fra arbitro e giudice BOCCAGNA Salvatore, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, I, pp. 279 ss.; ANDRIOLI Virgilio, *Commento al Codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, p. 845; ACONE Modestino, *Arbitrato e competenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, pp. 263 ss., opinione poi ripresa dall'Autore in *Arbitrato e "translatio iudicii": un parere eretico*, in *Sull'arbitrato*, op. cit., pp. 1 ss.; LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 518 ss.; D'ALESSANDRO Elena, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la "translatio iudicii" nei rapporti tra giudice e arbitro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 495 ss. SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 242; LEVONI Alberto, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, 1985, p. 142. *Contra*, nel senso che l'operatività di un meccanismo che consenta la conservazione degli effetti della domanda non fosse costituzionalmente imposto nei rapporti fra arbitro e giudice, GASPERINI Maria Pia, *Su una proposta di applicazione analogica dell'art. 59 Legge n. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in *Sull'arbitrato*, op. cit., p. 390.

(¹²⁸) Cass. Civ., S.U., 22 febbraio 2007 n. 4109, in *Foro italiano*, 2007, I, c. 1013, con nota di ORIANI Renato, *È possibile la "translatio iudicii" nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*; C. Cost. 12 marzo 2007 n. 77, in www.federalismi.it, con nota di SANDULLI Maria Alessandra, *I recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sulla translatio iudicii*; in www.forumcostituzionale.it, con nota di MANGIA Alessandro, *Il lento incedere*

con le quali è stato dato ingresso, nell'ordinamento processuale, al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, e della successiva introduzione dell'art. 59 della L. 18 giugno 2009, n. 69 e dell'art. 11 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ⁽¹³⁰⁾: norme in forza delle quali, nel caso in cui il giudice adito dichiari il

dell'unità della giurisdizione; in www.judicium.it, con nota di SCOGNAMIGLIO Andreina, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*. Sul tema, v. CONSOLO Claudio - DE CRISTOFARO Marco, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corriere giuridico*, 2007, pp. 745 ss.; ACONTE Modestino, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*, *Rivista di diritto processuale*, 2007, pp. 1591 ss.

⁽¹²⁹⁾ Mentre la Corte di cassazione ha ritenuto estensibile alla giurisdizione il principio della *translatio iudicii* in base ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 382, commi I-II, c.p.c., stabilendo che “*La trasmigrabilità della causa dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, non richiede necessariamente la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulla questione di giurisdizione, ma è resa possibile anche nel caso di sentenza del giudice di merito che abbia declinato la giurisdizione*”, la Consulta ha rimarcato la necessità di salvaguardare gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta al giudice sfornito di giurisdizione, stabilendo che essi permangono intatti “*nel giudizio ritualmente riattivato – a seguito della declaratoria di giurisdizione – davanti al giudice che ne è munito*”, rimanendo libero il legislatore ordinario di disciplinare il meccanismo della “*riassunzione*” nel modo ritenuto più opportuno, scegliendo se “*mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza, ovvero adottare l'opposto principio seguito dal c.p.c. (art. 44) per la competenza*”. Scelta che il legislatore non ha compiuto con l'art. 59 Legge 18 giugno 2009, n. 69, ove si contendono irresolutamente il campo la dizione della “*riproposizione della domanda*” entro tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia sulla giurisdizione e quella della “*riassunzione della causa*” entro lo stesso termine dinanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione dal giudice preventivamente adito. V. in proposito CONSOLO Claudio, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, pp. 1267 ss.; v. altresì CONSOLO Claudio, *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle “liti” sulla giurisdizione*, in *Corriere giuridico*, 2011, pp. 349 ss.; VANZ Maria Cristina, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59, Legge n. 69 del 2009*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, pp. 9 ss.

⁽¹³⁰⁾ V. CONSOLO Claudio, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo “Codice della giustizia amministrativa”*, in *Corriere giuridico*, 2010, pp. 756 ss.

proprio difetto di giurisdizione, se il processo è tempestivamente riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, “sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda”.

Sulla scorta di tali riflessioni, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 819 *ter*, comma II, c.p.c., è stata sollevata, in termini tra loro speculari, nel corso di due distinti procedimenti, l’uno ordinario (¹³¹), l’altro arbitrale (¹³²), riguardanti l’impugnazione di una delibera assembleare di società a responsabilità limitata oggetto di clausola compromissoria statutaria (¹³³). E con la sentenza C.Cost. 19 luglio 2013 n. 223 la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale “dell’art. 819 *ter*, comma II, c.p.c., nella parte in cui esclude l’applicabilità ai

(¹³¹) Trib. Catania, Ord. 26 giugno 2012, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 467 e ss., con nota di BOCCAGNA Salvatore, *Translatio iudicii nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell’art. 819 *ter* c.p.c.*, e in *www.judicium.it*, con nota di FORNACIARI Michele, *Conservazione degli effetti dell’atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 819 *ter*, comma II, c.p.c.*

(¹³²) Arbitro Bologna, 13 giugno 2012, in *Gazzetta Ufficiale*, 1^a Serie speciale - *Corte Costituzionale* n. 10 del 6 marzo 2013. La legittimazione a sollevare l’incidente di costituzionalità da parte degli arbitri, come noto, risale a C.Cost. n. 376/2001, ed è stata successivamente codificata dall’art. 819 *bis*, comma I, n. 3, c.p.c.

(¹³³) In ragione del termine di decadenza prescritto dal Codice civile per l’impugnativa degli atti in parola (90 giorni), e per l’impossibilità di fare salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale nell’ambito del successivo processo arbitrale a fronte della definizione in rito di quello pendente, la declaratoria di “incompetenza” del giudice ordinario adito in spregio al vincolo pattizio avrebbe comportato l’irrimediabile compromissione del diritto di azione delle parti, in evidente contrasto con l’art. 24, oltretutto con gli artt. 3 e 111 Cost. Con ragionamento analogo entrambi i remittenti denunciavano l’irragionevolezza della soluzione legislativa rispetto all’evoluzione dell’ordinamento positivo e al diritto vivente dell’arbitrato.

rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c." (¹³⁴), a ciò pervenendo sulla scorta del seguente ragionamento.

La Consulta ha per vero dato atto che, successivamente alle due ordinanze di rimessione, una isolata pronuncia della giurisprudenza di legittimità, segnatamente Cass. Civ., Ord. 6.12.2012 n. 22002 (¹³⁵), si era espressa nel senso che l'art. 819 *ter*, comma II, c.p.c., laddove affermava il divieto di applicazione dell'art. 50 c.p.c. "*nei rapporti tra arbitrato e processo*", avrebbe riguardato solo il caso in cui fossero gli arbitri ad escludere la loro competenza riconoscendo quella del giudice ordinario, e non il caso inverso. Allorquando, invece (come nel caso dei due giudizi *a quibus*), fosse stato il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri, sarebbe invece stata possibile la "riassunzione" della causa dinanzi a questi ultimi nel termine fissato o, in

(¹³⁴) C.Cost. 19 luglio 2013 n. 223, in *Corriere giuridico*, 2013, pp. 1107 e ss., con nota di CONSOLO Claudio, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; in *Foro italiano*, 2013, pp. 2695 e ss., con nota di ACONE Modestino, "Translatio iudicii" tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?; con nota di FRASCA Raffaele, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, *ibidem*; con nota di D'ALESSANDRO Elena, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, *ibidem*. V. inoltre BOVE Mauro, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in www.judicium.it nonché in *Rivista di diritto processuale*, 2009, pp. 1295 e ss.; BOCCAGNA Salvatore, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 374 e ss.; SALVANESCHI Laura, *I rapporti fra giudice e arbitro dopo la decisione della Consulta*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 384 ss; SALVANESCHI Laura, *Translatio iudicii a senso unico nel rapporto tra arbitro e giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 1151 e ss.

(¹³⁵) Cass. Civ., Ord. 6.12.2012 n. 22002, in www.judicium.it, con nota di FORNACIARI Michele, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*

manca, in quello previsto dall'art. 50 c.p.c., con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda (¹³⁶).

La Corte costituzionale ha ritenuto che l'esegesi proposta da tale pronuncia si basasse su argomentazioni fragili, *“fondandosi esclusivamente sulla constatazione che il comma II dell'art. 819 ter c.p.c. menziona i rapporti fra “arbitrato e processo” e non anche quelli “fra processo e arbitrato”*”. Secondo la Consulta, al di là del dato lessicale, l'espressione utilizzata dall'art. 819 ter, comma II, c.p.c. deve intendersi invece come tale da comprendere, in generale, qualsiasi tipo di rapporto che può intercorrere fra arbitri e giudici rispetto ad una stessa causa. Del resto, ha aggiunto la Corte, i giudici di legittimità non avevano neppure chiarito *“quale fosse la ratio della diversità di trattamento che [sarebbe discesa ndr] dalla norma da essi fatta propria e, cioè, per quale motivo la causa [avrebbe potuto ndr] proseguire davanti all'arbitro se [fosse stato ndr] il giudice a dichiarare la propria incompetenza e invece [avrebbe dovuto ndr] essere riproposta ex novo davanti al giudice ove fosse l'arbitro a dichiararsi incompetente”*. Ancora, ha rilevato la Consulta, la posizione della Suprema Corte era smentita da univoci elementi letterali: infatti, a volerla seguire, dalla rubrica della disposizione in esame, intitolata ai *“Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria”*, si sarebbe dovuto dedurre che l'intera disposizione fosse dedicata alla sola ipotesi in cui fosse l'arbitro a declinare la propria competenza, escludendosi invece l'applicabilità della norma (ivi

(¹³⁶) Sulla base di tale ragionamento, la Suprema Corte, all'esito di un regolamento di competenza, aveva dichiarato la competenza arbitrale sulla controversia e fissato un termine di tre mesi dalla comunicazione del deposito dell'ordinanza per la riassunzione del giudizio dinanzi agli arbitri.

compresa l'impugnabilità con il regolamento di competenza!) nel caso in cui fosse stato il giudice a declinarla.

Argomentando dal comma I dell'art. 819 *ter* c.p.c., invece, la Consulta ha desunto che la disposizione *de qua* tratta di aspetti relativi “*in generale ai rapporti tra i due soggetti*”, dal momento che, addirittura, due specifiche disposizioni (il secondo e il terzo periodo del comma I) sono dedicate all'ipotesi in cui sia il giudice a dichiararsi incompetente. Dovendosi perciò ritenere che il comma II dell'art. 819 *ter* c.p.c., nell'escludere l'applicabilità di una serie di norme del Codice di rito in tema di competenza, abbia sicuramente riguardo sia alle ipotesi in cui la causa sia stata originariamente instaurata davanti al giudice dichiaratosi poi incompetente, sia a quelle in cui siano l'arbitro o il collegio arbitrale a declinare la competenza.

Sulla base della premessa per cui l'art. 819 *ter*, comma II, c.p.c., inibiva “*l'applicazione di regole corrispondenti a quelle enunciate dall'art. 50 c.p.c., tanto nel caso in cui [fosse ndr] l'arbitro a dichiararsi incompetente nei confronti del giudice statale, quanto nell'ipotesi inversa*”, la Consulta ha considerato che, come già chiarito nella ricordata pronuncia C.Cost. 12 marzo 2007 n. 77, gli artt. 24 e 111 Cost. attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi attraverso il giudizio, ed impongono che la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi si ispiri al principio secondo cui l'individuazione del giudice munito di giurisdizione *non deve sacrificare* il diritto delle parti di ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa. Onde la necessità della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda

nel caso in cui la parte erri nell'individuazione dell'organo munito di giurisdizione.

La Corte ha quindi reputato che *“tali principi si impongono anche nei rapporti tra arbitri e giudici, perché la possibilità che le parti affidino la risoluzione delle loro controversie a privati anziché a giudici è la conseguenza di specifiche previsioni dell'ordinamento”*. La Consulta ha in proposito richiamato anche la precedente pronuncia C.Cost. 28 novembre 2001 n. 376 ⁽¹³⁷⁾, che era giunta ad affermare che il giudizio degli arbitri *“è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione”*, al fine di riconoscere la sussistenza della legittimazione degli arbitri a sollevare questioni di legittimità costituzionale: e ciò sulla scorta dell'argomento per cui *“l'arbitrato costituisce un procedimento*

⁽¹³⁷⁾ C.Cost. 28 novembre 2001 n. 376, in *Corriere giuridico*, 2002, 8, pp. 1009 e ss., con nota di FORNACIARI Michele, *Arbitrato come giudizio a quo: prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*; in *Foro italiano*, 2002, I, p. 1648, con osservazione di ROMBOLI Roberto; in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 689, con nota di CANALE Guido, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*; in *Giustizia civile*, 2001, I, p. 2883, con nota di VACCARELLA Romano, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 351, con nota di RICCI Edoardo Flavio, *La “funzione giudicante” degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrê della Corte costituzionale)*; in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 657, con nota di BRIGUGLIO Antonio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Giustizia civile*, 2002, II, p. 59, con commento di LUISO Francesco Paolo, AULETTA Ferruccio e CAPPONI Bruno, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*; in *Rivista critica di diritto privato*, pp. 305 e ss., con nota di BOVE Mauro, *Gli arbitri di fronte alla questione di legittimità costituzionale (riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001 n. 376)*; in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pp. 263 e ss., con nota di RUFFINI Giuseppe, *Arbitri, diritto e Costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001 n. 376)*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, pp. 4219 e ss., con nota di ODORISIO Emanuele, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*.

previsto e disciplinato dal c.p.c. per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie tipiche del contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie".

Ripercorrendo poi la disciplina positiva dell'arbitrato, i giudici costituzionali hanno ritenuto “*indubbio*” che, con la riforma di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, fosse stata introdotta una serie di norme che “*confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica*”. Segnatamente, “*anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale*”. Al riguardo, la Corte ha richiamato l'art. 816 *quinquies* c.p.c., sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso; l'art. 819 *bis* c.p.c., nella parte in cui presuppone la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale; l'art. 824 *bis* c.p.c., che ricollega al lodo, fin dalla sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Con riguardo alla disciplina sostanziale si sono richiamati gli artt. 2943 e 2945, 2652-2653, e 2690-2691 c.c., i quali, sia in materia di prescrizione sia in materia di trascrizione, equiparano espressamente alla domanda giudiziale l'atto con cui la parte promuove il procedimento arbitrale.

La Corte è così pervenuta a ritenere che *“nell’ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del c.p.c.) ha l’efficacia propria delle sentenze dei giudici, l’errore compiuto dall’attore nell’individuare come competente il giudice piuttosto che l’arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall’organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite”*. Se il legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità in materia, ha deciso di strutturare l’ordinamento processuale in maniera tale da configurare *“l’arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale”*, è necessario, ha considerato la Corte, che l’ordinamento giuridico preveda anche delle misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse. Una di queste misure è appunto quella diretta a conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti a giudice od arbitro incompetenti, la cui necessità, ai sensi dell’art. 24 Cost., si impone *“nella stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra giudice ordinario e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro”*: ed invece la norma censurata, non consentendo l’applicabilità dell’art. 50 c.p.c. nei rapporti tra giudice e arbitro, e viceversa, impedisce proprio che la causa possa proseguire, con conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta, davanti al giudice o all’arbitro ritenuto competente.

La pronuncia in commento ha senza dubbio “*carattere storico*” (¹³⁸).

L’esito della pronuncia di incostituzionalità, da tempo sollecitata dalla dottrina, ha infatti un’importanza capitale. Ne emerge a chiare lettere che la discrezionalità del legislatore nel disciplinare il profilo nevralgico dei “*rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*”, che nel 2006 ha visto l’opzione per un sistema di totale impermeabilità tra i due giudizi, incontra un limite costituzionale allorquando lo schema prescelto possa tradursi in una violazione flagrante e irrimediabile dell’effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dovuta ai consociati (¹³⁹). Non solo: la Corte – ed è questo il “nocciolo della questione” – è pervenuta alla soluzione infine attinta riconoscendo l’esigenza di garantire il diritto di azione anche nel caso in cui esso sia esercitato mediante elezione della sede privata come luogo di svolgimento della controversia. Ed ecco allora che i giudici costituzionali completano, irrobustendolo, il precedente di cui a C.Cost. 14 luglio 1977 n. 127 (¹⁴⁰), qualificando l’arbitrato, in una temperie ordinamentale profondamente

(¹³⁸) V., testualmente, CONSOLO Claudio, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, op. cit., p. 1110.

(¹³⁹) V. in questo senso, IZZO Silvia, *I rapporti tra arbitrato rituale e processo: lo “stato dell’arte”*, in www.consiglionazionaleforense.it.

(¹⁴⁰) C.Cost. 14 luglio 1977 n. 127, con nota di ANDRIOLI Virgilio, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, pp. 1143 e ss., che aveva dichiarato l’incostituzionalità dell’arbitrato obbligatorio per il fatto che, “*a seguito del congiunto disposto degli artt. 24, comma I, Cost. (diritto di azione in giudizio e correlativo esercizio, costituzionalmente garantiti) e 102, comma I, Cost. (riserva della funzione giurisdizionale ai giudici ordinari, salve le eccezioni di cui all’articolo seguente), il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all’art. 24, comma I, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell’art. 102, comma I, Cost.*”.

differente, come vero e proprio esercizio dell'azione e non soltanto come "esercizio negativo" della stessa.

A tale risultato, è evidente, i giudici costituzionali sono giunti valorizzando la componente funzionale dell'esercizio della giurisdizione, a scapito di quella soggettiva e strutturale agganciata all'ordine, all'ufficio. Del resto, le differenze "strutturali" tra il giudice togato e gli arbitri (che si compendiano nell'estraneità di questi ultimi alla magistratura) non consentono di per sé di reputare questi ultimi come estranei alla "giurisdizione": *"quest'ultima infatti riposa non già sull'omogeneità strutturale dei soggetti che la compongono (e così sulla loro comune appartenenza all'ordine giudiziario), ma sull'identità delle funzioni esercitate"* ⁽¹⁴¹⁾.

L'arbitrato allora condivide con la giurisdizione il tratto caratteristico e saliente del "giudicare" ⁽¹⁴²⁾: l'arbitro "decide" la lite che gli viene

⁽¹⁴¹⁾ V., testualmente, BOCCAGNA Salvatore, *Translatio iudicii nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, op. cit., p. 274.

⁽¹⁴²⁾ Osserva in proposito PUNZI Carmine, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 1 e ss., che "il vero è che in un panorama sempre più connotato da un "diritto senza Stato", la figura dell'arbitro assume una posizione di centralità e ciò in ragione della diversificazione postmoderna dei modi di produzione del diritto e della giustizia, si è così passati ad una costellazione di ordinamenti che fanno ius dicere senza ricorrere allo Stato e che offrono alle parti strumenti di soluzione delle controversie preferibili proprio perché alternativi alla giurisdizione dello Stato". V. anche le successive considerazioni svolte dall'Autore, ivi, p. 21: "del tutto condivisibile mi sembra [...] l'opinione secondo la quale "in una visione liberale dei rapporti fra Stato e cittadino, la tutela giurisdizionale non deve essere vista come monopolio da parte dell'organizzazione dello Stato, ma come un servizio per chi ne ha bisogno" ed anche che la nozione di "giurisdizione dei privati" esprima, con formula sintetica, il fenomeno in virtù del quale gli arbitri, se pur non muniti di imperium, ius dicunt, tramite un "procedimento privato" che conduce ad un risultato equivalente (ma, osservo, non coincidente) a quello conseguibile con una

rimessa, così che il lodo, al pari della sentenza, è atto eteronomo ⁽¹⁴³⁾, imputabile al terzo come vero e proprio esercizio di giudizio, vincolante per le parti compromittenti. La base negoziale dell'istituto finisce così per costituire solo il presupposto per l'investitura del giudicante, senza tuttavia influire punto sul contenuto o sull'efficacia della decisione.

Proprio in ragione di tali considerazioni, la progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale è potuta giungere ad individuare nell'arbitrato, un tempo qualificato il “*vestibolo dell'edificio processuale*”, qual era sotto l'imperio del c.p.c. del 1865 ⁽¹⁴⁴⁾, un “*totale equipollente giurisdizionale*” ⁽¹⁴⁵⁾, sia quanto a risultato ed effetti sia con riferimento alla struttura del giudizio ⁽¹⁴⁶⁾.

decisione giudiziaria: un dictum, cioè, che (oltre ad avere efficacia processuale di sentenza) possa, una volta divenuto non impugnabile, vincolare definitivamente le parti in relazione al rapporto giuridico dedotto apud arbitros”.

⁽¹⁴³⁾ V., in proposito LUISO Francesco Paolo, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 325 e ss. e in www.judicium.it, secondo cui “*Gli strumenti contrattuali di risoluzione delle controversie sono veramente alternativi a quelli giurisdizionali dichiarativi, perché producono gli stessi effetti. Essi costituiscono un'alternativa alla giustizia, e non una giustizia alternativa perché il loro contenuto si fonda su una valutazione di opportunità, che le parti del contratto compiono, invece che sulla verifica della realtà sostanziale preesistente, che è propria della giurisdizione. [...] L'arbitrato è anch'esso strumento alternativo alla giurisdizione, ma costituisce al contrario una giustizia alternativa, perché l'arbitro, come il giudice, è terzo e quindi deve parametrare il contenuto del lodo alla realtà sostanziale preesistente, non avendo – al pari del giudice – accesso a valutazioni di convenienza*”.

⁽¹⁴⁴⁾ V. la *Relazione al progetto di Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, presentato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli, il 26 novembre del 1863.

⁽¹⁴⁵⁾ V. testualmente CONSOLO Claudio, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, op. cit., p. 1110.

⁽¹⁴⁶⁾ V., in proposito, IZZO Silvia, *I rapporti tra arbitrato rituale e processo: lo “stato dell'arte”*, op. cit. L'Autrice osserva infatti che, sotto il primo profilo, la Consulta ha considerato che l'art. 824 *bis* c.p.c. ha riconosciuto al lodo “*dalla data della sua ultima sottoscrizione*” tutti gli effetti (diversi da quelli dell'esecutorietà)

Al risultato della piena equiparazione funzionale fra arbitrato e giurisdizione è giunta, pochi mesi dopo la Consulta, anche la Suprema Corte di cassazione che, con la celeberrima pronuncia Cass. Civ., S.U., 25 ottobre 2013 n. 24153, rompendo gli indugi ha superato un decennio di precedenti contrari ammettendo positivamente l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione per decidere del difetto di giurisdizione del giudice italiano quando venga eccepita l'esistenza *inter partes* di una convenzione per arbitrato estero (¹⁴⁷).

Un lungo e dotto percorso argomentativo ha condotto le Sezioni Unite a rinnegare l'opzione inaugurata con la sentenza Cass. Civ. 3 agosto 2000 n. 527, secondo cui l'arbitrato avrebbe costituito negazione, rinuncia e antitesi della giurisdizione, ed a pervenire alla qualifica dello stesso arbitrato non soltanto come esercizio del diritto di azione costituzionalmente garantito e alternativo alla giurisdizione, ma

“della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”; quanto al secondo profilo, che la Corte costituzionale, richiamando il proprio precedente di cui a C.Cost. 28 novembre 2001 n. 376, ha descritto l'arbitrato come un procedimento disciplinato dal Codice di rito *“per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie del contraddittorio ed imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria”*, concludendo nel senso che *“sotto questo punto di vista, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione”*.

(¹⁴⁷) Cass. Civ., S.U., 25 ottobre 2013 n. 24153, in *Corriere giuridico*, 2014, pp. 84 e ss., con nota di VERDE Giovanni, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*. Con tale pronuncia la S.C., “restaurando” la soluzione affermatasi nella giurisprudenza “classica”, antecedente allo storico *revirement* di cui alla celeberrima Cass. Civ. 3 agosto 2000 n. 527, ha chiarito che *“lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo, contabile oppure a quella di un arbitrato estero, configura una questione di giurisdizione, con la conseguenza che è ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione; pertanto, in presenza di valido compromesso per arbitrato estero, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano”*.

addirittura *expressis verbis* come esercizio di “*funzione giurisdizionale*”⁽¹⁴⁸⁾.

La Suprema Corte ha in primo luogo richiamato il celeberrimo e già ricordato *arrêt* della Consulta (C.Cost. 14 luglio 1977 n. 127), desumendone il principio per cui “*la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita avanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell’esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo “a tutela dei propri diritti” avanti a giudici privati, riconosciuti tali dalla legge, in presenza di determinate garanzie*”. Ivi la Consulta aveva infatti considerato che il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: poiché solo la scelta dei soggetti (intesa come una dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all’art. 24, comma I, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell’art. 102 Cost.⁽¹⁴⁹⁾. Ciò in effetti, ha soggiunto la Corte, “*corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo) [...]; e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell’autonomia dei soggetti [...]: autonomia che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41-44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall’art. 24, comma I, Cost.*”. Si è in questo modo specificato che “*la fonte dell’arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge*

⁽¹⁴⁸⁾ V. pt. 5.5 della pronuncia in commento.

⁽¹⁴⁹⁾ Tale principio è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale con le sentenze C.Cost. 8 giugno 2005 n. 221, in *Rivista dell’arbitrato*, 2005, pp. 515 e ss.; C.Cost. 24 luglio 1998 n. 325; C.Cost. 11 dicembre 1997 n. 381, in *Foro italiano*, 1998, I, p. 3, ed in *Giustizia civile*, 1998, I, p. 324; C.Cost. 27 febbraio 1996 n. 54; C.Cost. 10 giugno 1994 n. 232; C.Cost. 2 giugno 1994 n. 206; C.Cost. 23 febbraio 1994 n. 49; C.Cost. 27 dicembre 1991 n. 488.

ordinaria o più generalmente in una volontà autoritativa: ed il principio fissato dall'art. 806 c.p.c. (le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra loro insorte ...) assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento".

La Suprema Corte ha quindi esaminato l'evoluzione normativa dell'arbitrato rituale, onde verificare se ad esso possa riconoscersi "*natura giurisdizionale*", anche nell'ottica dei requisiti (attitudine dell'organo, ancorché diverso da una struttura giudiziaria, ad espletare una funzione giudiziaria assicurando alle parti una "soluzione giurisdizionale della controversia") richiesti dalla Corte EDU ai fini del rispetto dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ⁽¹⁵⁰⁾.

Procedendo gradualmente, i giudici di legittimità hanno preso le mosse dalla normativa di cui alla L. 5 gennaio 1994 n. 25, osservando che, in base all'allora novellata formulazione dell'art. 827, comma II, c.p.c., l'emanazione del decreto di esecutività non costituisce più la condizione per la proposizione dei mezzi di impugnazione del lodo, così che lo stesso è divenuto "*autonomamente impugnabile, con l'azione di nullità, indipendentemente dall'exequatur, in virtù della stessa efficacia della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria, fin dal momento in cui interviene l'ultima sottoscrizione (art. 824 bis c.p.c.) [...]. Il mutamento è di grande rilievo, e addirittura decisivo, per ciò che attiene al regime di impugnabilità del lodo, prima del deposito. Esso è tale da escludere,*

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. CONSOLO Claudio, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, pp. 453 e ss.

in radice, l'eventualità di una duplice natura del lodo stesso, negoziale, in un primo tempo, giurisdizionale, dopo la dichiarazione di esecutività". Proseguendo nell'analisi della normativa introdotta con l'intervento riformatore del 1994, la Corte ha considerato che l'assimilazione *in toto* dell'atto introduttivo dell'arbitrato alla domanda giudiziale quanto alla prescrizione (avvenuta con la sostituzione del comma IV dell'art. 2943 c.c. e con l'aggiunta di un ultimo comma all'art. 2945 c.c.) ⁽¹⁵¹⁾ e quanto alla trascrizione delle domande giudiziali (avvenuta con l'aggiunta di un nuovo ultimo comma a ciascuno degli artt. 2652 e 2653 c.c.) ⁽¹⁵²⁾ postula

⁽¹⁵¹⁾ Il richiamo agli artt. 2943 e 2945 c.c. era stato effettuato pochi mesi prima anche da C.Cost. 19 luglio 2013, n. 223, di cui *supra*. La Suprema Corte ha in proposito considerato (v. punto 5.3 della parte motiva) che il *novum* di cui all'intervento riformatore non è stato tanto l'aver previsto espressamente che la prescrizione è interrotta dall'atto introduttivo del procedimento arbitrale, quanto l'aver attribuito alla notifica dell'atto di promuovimento del giudizio arbitrale dell'effetto interruttivo permanente (o altrimenti detto "sospensivo") fino all'acquisto di stabilità del lodo o al passaggio in giudicato della sentenza resa sull'impugnazione. Tale effetto è proprio soltanto della domanda giudiziale, e integra un tipico effetto sostanziale dell'atto di esercizio dell'azione giudiziaria, "neutralizzando" l'incidenza della durata del procedimento di cognizione, quando pure questo si concluda con una pronuncia di rigetto in rito, ai fini del decorso del termine prescrizione del diritto azionato. La Corte ha quindi considerato che *"solo il riconoscimento della "giurisdizionalità" del processo arbitrale consente di estendere l'effetto interruttivo della domanda al termine di decadenza, anche in quella vasta area di fattispecie in cui la decadenza è impedita non con il semplice esercizio del diritto, ma con l'esercizio dell'azione in giudizio"*.

⁽¹⁵²⁾ Anche il richiamo agli artt. 2952-2953 c.c. era stato effettuato pochi mesi prima da C.Cost. 19 luglio 2013, n. 223, di cui *supra*. La Suprema Corte ha tuttavia sviscerato il ragionamento (v. punti 5.1 e 5.2 della parte motiva) considerando che, nel caso dell'art. 2952 c.c., la disciplina della trascrizione si muove non solo sul piano degli effetti sostanziali della domanda giudiziale, ma anche su quello degli effetti del giudicato sui rapporti dipendenti e verso i terzi. La Corte di legittimità ha quindi ritenuto che l'attribuzione al lodo di questa efficacia, non limitata alle parti ma estesa ai terzi, non possa che postulare la sua equiparazione ad una sentenza dei giudici dello Stato e, in ogni caso, ad una pronuncia giurisdizionale. La Corte ha considerato poi che il lodo viene considerato in questi termini anche dall'art. 831 c.p.c. novellato, che lo sottopone al rimedio giurisdizionale dell'opposizione di

l'equiparazione dell'atto di promuovimento del giudizio arbitrale alla domanda giudiziale, e l'attribuzione al lodo dell'attitudine non di efficacia negoziale, ma dell'efficacia e dell'autorità della cosa giudicata sostanziale.

La Corte ha poi considerato la portata dell'intervento riformatore di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, e, al pari della Consulta, al riguardo ha richiamato l'art. 816 *quinquies* c.p.c., che ammette l'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e dispone l'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso; l'art. 819 *bis*, comma I, n. 3, c.p.c., che, introdotto in ossequio a quanto statuito da C.Cost. 28 novembre 2001 n. 376, ha espressamente sancito la possibilità per gli arbitri di rimettere alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità *ex lege* n. 87/1953; il combinato disposto dell'art. 824 *bis* c.p.c., secondo cui “*il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”, e dell'art. 829, n. 8, c.p.c., che esprime chiaramente l'attitudine degli arbitri a fare oggetto del proprio giudizio una *res cognita* laddove, introducendo come motivo di nullità la violazione del giudicato esterno ed equiparando *in toto* alla “sentenza

terzo, anche ordinaria: ciò presuppone, appunto, l'efficacia del lodo *ultra partes*, cioè verso il terzo titolare di una situazione soggettiva che presenta elementi di identità, autonomia ed incompatibilità con il rapporto oggetto della decisione arbitrale. Nel caso dell'art. 2953 c.c. la Suprema Corte ha considerato che la norma sulla trascrizione della domanda fornisce il mezzo tecnico che consente al processo di proseguire fra le parti originarie, valendo la sentenza anche nei confronti del successore a titolo particolare rimasto estraneo al processo. La norma, inoltre, va ad integrare quella di cui all'art. 2909 c.c., che definisce i limiti dell'estensione soggettiva della cosa giudicata sostanziale, stabilendo che l'accertamento e le statuizioni contenute nel giudicato si estendono all'avente causa anche se il fatto costitutivo del suo acquisto è anteriore alla sentenza, se vi è anteriorità della trascrizione della domanda giudiziale rispetto alla trascrizione del titolo d'acquisto.

passata in giudicato” il “lodo non più impugnabile” ⁽¹⁵³⁾; infine l’art. 819 *ter* c.p.c. che, nel disciplinare il rapporto tra cause devolute al giudizio degli arbitri e cause proposte davanti al giudice ordinario, individua il rapporto fra i due processi in termini di competenza, e prescrive l’impugnazione della sentenza resa dal giudice ordinario con il regolamento di competenza, a riprova che *“l’opzione in favore del giudizio arbitrale, rispetto alla tutela davanti al giudice ordinario, implica [solamente] un “diverso modo” di esercizio dell’azione”* ⁽¹⁵⁴⁾.

Nella scelta della via arbitrale, *“l’autonomia delle parti si manifesta, quindi, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell’arbitrato contrattuale), come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sul potere di azione che a quel diritto è connesso”* ^(155, 156), e ciò denota che *“gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale”* ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵³⁾ V. punto 5.7 della parte motiva.

⁽¹⁵⁴⁾ E non, aggiungiamo noi, solo un “esercizio negativo” della stessa, com’era stato ritenuto da C.Cost. 14 luglio 1977 n. 127.

⁽¹⁵⁵⁾ V. punto 4.6 della parte motiva. Ancor più evidente è il ragionamento svolto con riferimento all’analoga questione rispetto alla convenzione per arbitrato estero, con riguardo alla quale si rileva che, anche in ragione delle fonti internazionali di volta in volta applicabili, *“l’esame sulla validità, operatività ed applicabilità della clausola arbitrale”* costituisce valutazione *“preliminare rispetto alla verifica della giurisdizione”* e dunque necessariamente inidonea a dare luogo a giudicato sostanziale che invece quella giurisdizione necessariamente presuppone (v. punto 7.1 della parte motiva). La Corte riprende inoltre, testualmente, le efficaci considerazioni di CONSOLO Claudio, *L’arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l’essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 603 e ss., ove si rilevava essere *“vero che per pronunziarsi sulla validità, efficacia ed operatività della clausola compromissoria il giudice adito ricorre spesso a regole appartenenti al diritto sostanziale, ma è altrettanto vero che ciò accade egualmente allorché debba giudicare sulla sua potestà giurisdizionale a fronte di una deroga convenzionale in favore di giudici*

A tale approdo, si è evidenziato da più parti in dottrina ⁽¹⁵⁸⁾, anche la Suprema Corte, come pochi mesi prima la Consulta, è giunta “*per effetto della svalutazione della giurisdizione, non più indissolubilmente legata alla Sovranità dello Stato. Ed è una conclusione che toglie valore alle differenze strutturali, per porre in primo piano l’identità della funzione esercitata*” ⁽¹⁵⁹⁾.

Ne discendono alcuni corollari: la soluzione delle controversie è un “servizio” che lo Stato eroga “*per chi ne ha bisogno*” ⁽¹⁶⁰⁾; il monopolio della giurisdizione può e deve essere assicurato in ambiti particolari (si pensi al settore penale o al settore dei diritti che siano non solo e non tanto indisponibili, ma tali che lo Stato non possa rinunciare ad esercitare

stranieri (ex art. 4, comma II, Legge 31 maggio 1995 n. 218), senza che si formi di norma al riguardo alcun giudicato ex art. 2909 c.c. sulla mera questione pregiudiziale di merito (validità dell’accordo) che si pone come premessa per la soluzione di una questione pregiudiziale di rito, facente da filtro per l’accesso all’unico vero accertamento di merito (insomma rispetto alla Hauptsache), destinato solo esso a fare stato come giudicato materiale”.

⁽¹⁵⁶⁾ Ne consegue che, come infine statuito dalla S.C., lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, oppure a quella di un arbitrato estero, configura pur sempre una questione di giurisdizione, e che invece il contrasto circa l’attribuzione della cognizione della controversia al collegio arbitrale italiano o al giudice ordinario integra una questione di competenza.

⁽¹⁵⁷⁾ V. punto 5.5 della parte motiva.

⁽¹⁵⁸⁾ V. le opinioni di VERDE Giovanni, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all’antico*, in *Corriere giuridico*, 2014, pp. 84 e ss.; CONSOLO Claudio, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, op. cit., p. 1110; PUNZI Carmine, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell’alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell’arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 1 e ss.

⁽¹⁵⁹⁾ V. testualmente, VERDE Giovanni, *ibidem*.

⁽¹⁶⁰⁾ Così come aveva già affermato RICCI Edoardo Flavio, *La funzione giudicante degli arbitri e l’efficacia del lodo: un grand arrêt della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 367.

il controllo sul loro concreto esercizio); al di fuori di queste ipotesi, invece, conta soltanto che il giudice privato rispetti, nel corso del procedimento, i principi fondamentali in tema di diritto di azione e difesa. Ciò non vuol dire “*che il giudice privato sia completamente assimilabile al giudice statale. A lui, in quanto privato, non può essere delegato l’esercizio della forza e non può formare atti pubblici*” ⁽¹⁶¹⁾; tuttavia, nell’attuale periodo di passaggio dalla stagione storica in cui la giurisdizione era privilegio esclusivo della Sovranità, al principio opposto della “*equivalenza delle giurisdizioni*” ⁽¹⁶²⁾, all’arbitrato, pur con le perduranti (ed ineliminabili) differenze che lo distinguono dai giudizi “togati”, non può non riconoscersi, come infatti finalmente è accaduto, la consacrazione a “pieno equipollente giurisdizionale” (come del resto già indirettamente suggerito da lustri, e cioè dal 1995, dall’art. 4, comma II, della L. 31 maggio 1995 n. 218) ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶¹⁾ V. testualmente ancora VERDE Giovanni, *ibidem*, in riferimento al disposto di cui all’art. 813, comma II, c.p.c., che appunto precisa che “*agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio*”.

⁽¹⁶²⁾ V. testualmente, PUNZI Carmine, *ivi*, p. 18.

⁽¹⁶³⁾ Che sottende il principio di parità tra la giurisdizione italiana e la giurisdizione o l’arbitrato estero (arg. da Cass. Civ., 25 settembre 2009 n. 20688).

4. La competenza arbitrale da comportamento endoprocessuale concludente di cui all'art. 817, comma II, secondo periodo, e comma III, c.p.c. nella prospettiva della piena equivalenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione ordinaria

Il secondo periodo del comma II, e il comma III dell'art. 817 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 829, comma I, c.p.c. (¹⁶⁴), nel prescrivere i termini e i modi attraverso i quali poter contestare il potere decisorio degli arbitri in ragione dell'inesistenza, invalidità od inefficacia della convenzione di arbitrato, ovvero l'esorbitanza delle conclusioni delle parti rispetto alla latitudine oggettiva della medesima convenzione, stabiliscono i seguenti principi generali: la questione in parola può porsi davanti agli arbitri solamente su iniziativa della parte convenuta, da assumersi *“nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri”* (¹⁶⁵); in mancanza di una tempestiva proposizione della relativa

(¹⁶⁴) In proposito, MENCHINI Sergio, *Impugnazioni del lodo «rituale»*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 843 e ss., spec. pp. 848-849, rileva che *“l'art. 829, comma I, n. 1, nel prevedere il motivo di nullità del lodo, richiama esclusivamente la categoria della invalidità della convenzione arbitrale, mentre l'art. 817, comma II, seconda parte, pone sullo stesso piano le ipotesi di inesistenza, di invalidità e di inefficacia del patto compromissorio, imponendo alla parte di sollevare la relativa eccezione nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, pena la definitiva perdita del potere di impugnare. Peraltro, il mancato riferimento, nel n. 1 dell'art. 829, all'inefficacia e, soprattutto, all'inesistenza della convenzione arbitrale non significa che questi vizi non debbano essere dedotti come motivo di nullità del lodo, nel rispetto di quanto disposto da tale norma e dall'art. 817, comma II, parte seconda”*.

(¹⁶⁵) In proposito LUISO Francesco Paolo, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, pp. 773 e ss., spec. p. 778, estende analogicamente l'applicazione della disposizione in parola all'eventualità che il potere decisorio degli arbitri sia contestato per fatti sopravvenuti e successivi al momento del deposito della prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri: in tal caso, la proposizione dell'eccezione di incompetenza degli arbitri per inesistenza, invalidità, inefficacia della convenzione di arbitrato sarà da ritenersi tempestiva qualora venga effettuata *“nella prima difesa successiva al (alla conoscenza che le*

eccezione, non v'è spazio per un rilievo d'ufficio della stessa da parte dell'arbitro, rimanendo essa preclusa sia nel corso del procedimento arbitrale, sia nell'eventuale successivo giudizio di impugnazione per nullità del lodo (^{166,167}).

parti abbiano del) fatto sopravvenuto". Ancora, ritiene l'Autore che non sia necessario che l'eccezione venga formulata dal convenuto nell'atto di nomina del proprio arbitro, essendo al contrario sufficiente che essa sia proposta come prima difesa nell'ambito del processo arbitrale.

(¹⁶⁶) Prescrivendo la disposizione in parola che *"La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, non può, per questo motivo impugnare il lodo"*, non è possibile contestare il potere decisorio degli arbitri per la prima volta in sede di giudizio di impugnazione per nullità. La norma segna una *"significativa svolta rispetto al regime previgente, nell'ambito del quale [...] si riteneva [si vedano in proposito, fra le altre, Cass. Civ., 26 gennaio 2001 n. 1086, in Giustizia civile, 2001, I, p. 2422; Cass. Civ., 2 marzo 2000 n. 2307, in Rivista dell'arbitrato, 2001, p. 221, con nota di RUFFINI Giuseppe, Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello, pp. 221 e ss., ndr] che la mancanza in capo agli arbitri del potere di decidere dovuto a nullità della convenzione arbitrale ben potesse essere rilevata per la prima volta nel giudizio di impugnazione e finanche d'ufficio dal giudice"*. Così BARBIERI Giorgio – BELLA Enrico, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2007, p. 63. Come ricordato nel testo, la presente disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 829, comma I, c.p.c. Quest'ultimo presenta però, nella sua formulazione, un errore topografico. Ai fini della presente indagine, giova dunque rilevare che la clausola di salvezza contenuta al n. 1 di detto comma opera un rinvio al comma III dell'art. 817 c.p.c., che invece deve intendersi al comma II di quest'ultimo; diversamente, la norma sarebbe priva di senso. Ciò è dovuto alla circostanza che, nella stesura originaria dell'art. 817 c.p.c., il secondo periodo del comma II costituiva un comma autonomo – dunque il terzo –, solo successivamente accorpato al secondo. Pone in luce tali imprecisioni RICCI Edoardo Flavio, *L'arbitrato e il tipografo legislatore (elogio della «rientranza»)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 631.

(¹⁶⁷) Sul punto, PELLEGRINELLI Piera, in ATTERITANO Andrea, *Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di Cassazione e sull'arbitrato*, Padova, 2009, p. 822, osserva che *"tale scelta legislativa rispecchia una delle caratteristiche più apprezzate della procedura arbitrale, in quanto garantisce un veloce svolgimento della stessa senza che l'eventuale successivo giudizio di impugnazione possa compromettere la rapidità nella risoluzione della controversia"*. L'Autrice rileva anche che *"non è possibile riscontrare una lesione*

Ebbene, tale disciplina – in base alla quale la costituzione in arbitrato da parte del convenuto unita alla mancata proposizione, in seno alla prima difesa, dell’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* arbitrale in ragione dell’inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, ovvero in ragione dell’esorbitanza delle conclusioni delle altre parti rispetto alla latitudine oggettiva della convenzione medesima, sarebbe addirittura idonea a “surrogare” una convenzione arbitrale inesistente, nulla o inefficace in frontale deroga al principio di forma scritta *ad substantiam* del patto compromissorio – è chiaramente mutuata dall’art. 38 e/o dall’art. 4, comma II, L. 31 maggio 1995 n. 218 (salvo lo spostamento in avanti della “prima difesa” dopo il momento in cui si sia avuta l’accettazione dell’incarico da parte degli arbitri). Tuttavia si è visto ⁽¹⁶⁸⁾ che l’equiparazione tra arbitrato e competenza, proposta dal legislatore, va presa con cautela. Essa pertanto non può trovare senso e coerenza sistematica se non nel principio di equivalenza funzionale fra arbitrato e giurisdizione, che solo ora è da ritenersi irretrattabilmente acquisito.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, nel tentativo di fornire un’interpretazione coerenziatrice della disciplina in commento, relegano il fenomeno ivi contemplato a mera preclusione processuale a carico della parte rimasta inerte ⁽¹⁶⁹⁾. Secondo la tesi in esame, ciò non

del diritto di difesa delle parti in quanto le stesse sono semplicemente tenute a sollevare l’eccezione di inesistenza, invalidità ed inefficacia della convenzione di arbitrato entro un termine perentorio stabilito dal giudice, senza che tale possibilità sia negata loro in modo assoluto”.

⁽¹⁶⁸⁾ Ci permettiamo di rinviare a quanto considerato *supra*, al par. che precede.

⁽¹⁶⁹⁾ In questo senso, prima della riforma, e quindi in relazione alla sola ipotesi, contemplata dalla previgente formulazione dell’art. 817 c.p.c., dell’esorbitanza delle conclusioni di parte rispetto alla convenzione di arbitrato, v. CARNACINI

rappresenterebbe altro che una peculiare applicazione del principio di autoresponsabilità processuale, alla stregua del quale è inibito alla parte che non ha assolto l'onere di contestazione, conseguire *ex post* (mediante l'impugnazione del lodo) quel risultato cui essa avrebbe potuto pervenire già nel corso del procedimento arbitrale, sollevando l'eccezione di incompetenza.

Una simile interpretazione poteva apparire tutto sommato congrua in relazione alla previgente formulazione dell'art. 817 c.p.c., che contemplava la sola ipotesi dell'esorbitanza delle conclusioni di parte rispetto alla convenzione di arbitrato; l'attuale formulazione della disposizione, che contempla anche le ipotesi di invalidità, inefficacia e,

Tito, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1958, p. 899; SATTA Salvatore, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971, p. 281; PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., p. 542; REDENTI Enrico, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, pp. 800 e ss.; RUFFINI Giuseppe, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, p. 682; RUFFINI Giuseppe, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio e LUISO Francesco Paolo, Milano, 2000, pp. 3442 e ss.; BOVE Mauro, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, op. cit., p. 367; BRIGUGLIO Antonio, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di VACCARELLA Romano e VERDE Giovanni, Torino, 1997, pp. 862 e ss.; DELLA PIETRA Giuseppe, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale* a cura di VERDE Giovanni, Torino, 2000, p. 157; RASCIO Nicola, *La decisione*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, op. cit., pp. 273 e 274, testo e nota ⁽²¹⁶⁾; LEPRI Fabio, *Poteri del difensore ed estensione del thema decidendum nel processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 129; MARENGO Roberto, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in BRIGUGLIO Antonio - FAZZALARI Elio - MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, pp. 133 e 134; RUBINO SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, p. 894; SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 230 e ss.; RICCI Gian Franco, *Eccezione di incompetenza*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI Federico, Bologna, 2001, pp. 332 e 333; ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, op. cit., pp. 612 e ss.

soprattutto, di inesistenza della convenzione arbitrale, non pare tuttavia possa continuare a legittimare la tesi per cui la mancata proposizione dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale comporti una mera preclusione endoprocedimentale.

In primo luogo, se così fosse, si finirebbe per assimilare due fenomeni ontologicamente diversi. Gli effetti dell'omessa proposizione dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale contemplati dall'art. 817 c.p.c., ognun s'avvede, sono del tutto dissimili dagli effetti, ad esempio, della mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza per territorio del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 38 c.p.c., ovvero a quelli della mancata contestazione della giurisdizione straniera, ai sensi dell'art. 4, L. 31 maggio 1995 n. 218. Infatti, in caso di omessa proposizione dell'eccezione di incompetenza per territorio in seno alla comparsa di risposta ovvero in caso di omessa contestazione della giurisdizione straniera in seno alla prima difesa, il convenuto – decaduto, in forza del meccanismo preclusivo di cui alle predette disposizioni, dal potere di contestare l'incompetenza o la giurisdizione del giudice adito dall'attore – rimane pur sempre soggetto ad una potestà giurisdizionale permanente di un'autorità giudiziaria (italiana, nel caso dell'art. 38 c.p.c.; straniera, nel caso dell'art. 4 L. 31 maggio 1995, n. 218). Per contro, il convenuto che ometta di sollevare nella sua prima difesa l'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale, in forza del meccanismo previsto dall'art. 817 c.p.c., finisce per definitivamente assoggettare la controversia ad una potestà decisoria *ad hoc* e puntuale di un collegio composto da privati. Ci si muove cioè, a noi pare, su piani diversi: mentre nella prima ipotesi, il convenuto rimane pur sempre soggetto alla potestà giurisdizionale dell'autorità giudiziaria, nell'ipotesi di cui all'art.

817 c.p.c., nell'interpretazione fornita dalla dottrina in commento, il convenuto, senza aver stipulato alcuna convenzione arbitrale ⁽¹⁷⁰⁾, finirebbe per irrimediabilmente assoggettare alla *potestas iudicandi* di persone che mai ha accettato, formalmente, come giudici.

Si è altresì osservato che la qualificazione in termini di preclusione processuale si presta ad un'ulteriore critica: se la ragione per cui il lodo rituale produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria è da ravvisare nel fatto che esso ha a monte un valido negozio processuale, qual è la convenzione di arbitrato ⁽¹⁷¹⁾, non si comprende come sia possibile che il lodo emesso a seguito del maturare di una preclusione a valenza processuale possa produrre una simile efficacia, benché non abbia a proprio fondamento alcuna manifestazione di volontà delle parti, nemmeno viziata ⁽¹⁷²⁾. Inoltre, se è vero che la proposizione della domanda arbitrale e l'inerzia della controparte agiscono su un mero piano procedimentale, un simile meccanismo non varrebbe a formare una nuova ed ulteriore volontà che possa sanare od integrare la mancanza di un preesistente accordo arbitrale.

Altra parte della dottrina ritiene invece che la mancata tempestiva proposizione dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale assuma un valore di diritto sostanziale, configurando una sorta di assenso implicito alla trattazione della domanda proposta, di guisa che la potestà

⁽¹⁷⁰⁾ *Rectius*: senza aver stipulato alcuna convenzione arbitrale, nel caso dell'inesistenza; ovvero avendo stipulato una convenzione arbitrale invalida od inefficace; ovvero avendo stipulato una convenzione arbitrale con una latitudine oggettiva più limitata, nel caso dell'esorbitanza.

⁽¹⁷¹⁾ V. in questo senso, BOVE Mauro, *Il patto compromissorio rituale*, op. cit., pp. 403 e ss., spec. p. 418.

⁽¹⁷²⁾ Così D'ALESSANDRO Elena, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma II, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, pp. 679 e ss.

decisoria dell'organo arbitrale troverebbe il proprio fondamento nella conclusione di un "compromesso tacito", nella formazione, cioè, di una convenzione di arbitrato per comportamento concludente ⁽¹⁷³⁾.

A tale ricostruzione si è agevolmente obiettato che alla configurabilità di un compromesso tacito osterebbe il principio di forma scritta del contratto di arbitrato, espresso dall'art. 807 c.p.c. e richiamato, anche a proposito della clausola compromissoria, dall'art. 808 c.p.c. ⁽¹⁷⁴⁾.

A tale obiezione è stato replicato che il requisito della forma scritta è previsto da norme di rango primario (appunto gli artt. 807 e 808 c.p.c.)

⁽¹⁷³⁾ In questo senso, prima della riforma, ANDRIOLI Virgilio, *Commento al Codice di procedura civile*, Napoli, 1964, p. 833 e ss.; LUISO Francesco Paolo, *Diritto Processuale civile. IV. I processi speciali*, Milano, 2000, p. 337; CECHELLA Claudio, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato* a cura di CECHELLA Claudio, Torino, 2005, pp. 155 e ss.; VELLANI Marco, *Eccezione di incompetenza*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 292 e ss. In giurisprudenza, in questo senso, seppur in un *obiter dictum*, Cass. Civ., 30 agosto 1999 n. 9111, in *Foro italiano*, 1999, I, p. 3192; dopo l'introduzione della nuova formulazione dell'art. 817 c.p.c., v. LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2011, pp. 154 e ss.; OCCHIPINTI Elena, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, pp. 114 e ss.

⁽¹⁷⁴⁾ V., *ex multis*, BOVE Mauro, *Il patto compromissorio rituale*, op. cit., 403 e ss., spec. 422 e ss.; CECHELLA Claudio, *Il contratto di arbitrato*, in *L'arbitrato*, op. cit., pp. 3 e ss., spec. pp. 51 e ss.; FESTI Fiorenzo, *La clausola compromissoria*, Milano, 2000, pp. 205 e ss.; LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, op. cit. 2000, 322; PONTECORVO Armando, in *Dizionario dell'arbitrato*, op. cit., pp. 198 e ss.; VERDE Giovanni, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2000, pp. 43 e ss.; TIZI Francesca, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 629 e ss., spec. pp. 635 e ss. In questo senso è del resto unanimemente orientata anche la giurisprudenza: ad esempio Cass. Civ., 4 novembre 2004 n. 21139; Cass. Civ., 15 marzo 2004 n. 5540; Cass. Civ., 15 novembre 1997 n. 11318; Cass. Civ., 24 settembre 1996 n. 8407. Ritiene invece che l'espressione contenuta all'art. 808 c.p.c., secondo cui la clausola compromissoria "deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso", significhi forma *ad probationem*, RUFFINI Giuseppe, *Patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 711 e ss., spec. p. 719; PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, spec. pp. 189 e ss.

che non costituiscono attuazione di esigenze di rango superiore e che, come tali, possono essere derogate da una norma speciale di rango paritario, come per l'appunto gli artt. 817 e 829 c.p.c. ⁽¹⁷⁵⁾. Inoltre, si è osservato che già da molto tempo la dottrina interpreta la previsione relativa alla forma scritta della convenzione arbitrale in maniera non rigorosa, ammettendo la possibilità che essa possa formarsi anche per comportamento concludente – o consenso tacito, che dir si voglia –, ossia tramite l'attiva partecipazione delle parti al processo arbitrale ⁽¹⁷⁶⁾. La dottrina in esame ritiene, quindi, che il contegno inerte del soggetto che nella prima difesa di fronte agli arbitri nulla dica in ordine all'inesistenza ovvero alla nullità della convenzione arbitrale ed il comportamento attivo di colui che ha proposto la domanda arbitrale costituiscano, nell'insieme, una fattispecie cui il legislatore attribuisce la validità giuridica per la conclusione della convenzione d'arbitrato ancora mancante, oppure per la convalida del precedente negozio arbitrale nullo per difetto di forma scritta, ai sensi dell'art. 1423 c.c. ⁽¹⁷⁷⁾. Ciò in conformità alla tesi

⁽¹⁷⁵⁾ Così, MOTTO Alessandro, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, pp. 88 e ss., spec. nota ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ In questo senso, ANDRIOLI Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, p. 833; BOVE Mauro, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 534 e ss., spec. p. 536; BOVE Mauro, *Il patto compromissorio rituale*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, pp. 403 e ss., spec. p. 422 e ss.; LUISO Francesco Paolo, *Diritto Processuale civile*, op. cit., p. 337; LUISO Francesco Paolo, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, pp. 13 e ss., spec. p. 16; ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, *Riforma del diritto arbitrale (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007, sub art. 806, pp. 1116 e ss., spec. p. 1138.

⁽¹⁷⁷⁾ Questa, del resto, è la soluzione prescelta anche da altri ordinamenti, ad esempio dal legislatore tedesco, il quale al § 1031, Abs. 1, ZPO contempla la necessità della forma scritta per il patto compromissorio, salvo prevedere all'Abs.

espressa da una parte della dottrina civilistica secondo cui, anche in presenza di un contratto per cui è prevista la forma scritta *ad substantiam*, sarebbe ammessa la conclusione per consenso tacito, a condizione che tale tacita manifestazione di volontà sia espressa per iscritto ⁽¹⁷⁸⁾.

6, che la sua mancanza sia sanabile dal contegno del convenuto che, di fronte agli arbitri, si difenda solamente nel merito. Una parte della dottrina interpreta tale disposizione in maniera estensiva riferendola anche all'ipotesi di arbitrato instaurato in mancanza di convenzione arbitrale (e non semplicemente sulla base di una convenzione d'arbitrato nulla per difetto di forma): in tal caso sorgerebbe un nuovo accordo arbitrale "*per comportamento concludente*": SCHWAB Karl Heinz - WALTER Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit, Auflage*, München, 2005, pp. 37 e ss., anche se a fronte di una simile fattispecie, probabilmente, non può essere applicata la regola secondo cui la sanatoria del difetto di forma opera con carattere retroattivo (in proposito, MÜNCH Joachim, in GOTTWALD Peter, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2 Auflage*, München, 2001, sub § 1031, 1074). Privilegia, invece, l'interpretazione letterale del § 1031, Abs. 6 ZPO, VOIT, in Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2005, sub § 1031, 2494, il quale, però, ritiene che la mancanza di convenzione arbitrale debba essere rilevata entro i termini previsti dal § 1040, Abs. 2, ZPO (i.e., al massimo nella comparsa di risposta) maturandosi altrimenti una preclusione processuale.

⁽¹⁷⁸⁾ In questo senso, BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 288. In giurisprudenza, Cass. Civ., 4 luglio 2006 n. 15264; Cass. Civ., 10 maggio 1996 n. 19971, in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1065 ed in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 196: "*Nei contratti per i quali sia prescritta la forma scritta, a pena di nullità, l'accettazione non deve necessariamente essere manifestata in modo esplicito, ma è sufficiente che la volontà di accettare la proposta sia desumibile, per implicito, da una dichiarazione redatta per iscritto, diretta alla controparte da colui la cui proposta è indirizzata*" e, con specifico riferimento al patto compromissorio, Cass. Civ., 28 marzo 1991 n. 3362, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 47, con nota di BUONCRISTIANI Dino. Occorre, tuttavia, segnalare che secondo altra parte della dottrina, invece, il comportamento concludente non consisterebbe in una dichiarazione tacita di volontà ma solo in un contegno che il legislatore reputa valido per la conclusione del contratto, come dimostrerebbe l'art. 1327 c.c.: in questo senso v. SANTORO PASSARELLI Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1970, pp. 136 e ss. Per una ricostruzione ancora diversa, SACCO Rodolfo, *La conclusione dell'accordo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO Pietro, X, Torino, 1982, pp. 35 e ss., spec. p. 39: "*Se taluno*

Nel caso contemplato dall'art. 817 c.p.c. questo requisito sarebbe da reputarsi sussistente, in quanto rivestono forma scritta sia la domanda arbitrale, sia la prima difesa posta in essere dal convenuto senza far cenno alla mancanza, invalidità od inefficacia del patto compromissorio ⁽¹⁷⁹⁾.

Nemmeno questa tesi, tuttavia, a nostro modesto avviso, “coglie nel segno”.

Se infatti può astrattamente condividersi che l'inefficacia o l'invalidità della convenzione arbitrale possa, tramite comportamento concludente, essere in qualche modo “ratificata” o “convalidata”, e che, sempre *per facta concludentia*, sia “allargata” la latitudine oggettiva della convenzione arbitrale, considerato che, in queste ipotesi, la fattispecie verrebbe in essere sul presupposto di una già manifestata volontà delle

autorizza un'ingerenza... con certe salvaguardie e contropartite, la legge può far sua la lex privata del soggetto dell'autorizzazione e legare l'uno all'altro il fatto dell'ingerenza e l'obbligo di prestare la contropartita. Può cioè sostituire all'impostazione extracontrattuale l'impostazione contrattuale. Ogni ricerca sulla volontà dell'oblato, a questo punto, sarà superflua. Il suo comportamento non rileva come “attuazione” della sua volontà di impegnarsi, ma come “attuazione” della ipotesi prevista e regolata nella proposta contrattuale”, il quale, però, non si occupa in maniera specifica dei rapporti tra comportamento concludente e negozi a forma solenne.

⁽¹⁷⁹⁾ V., in questo senso, D'ALESSANDRO Elena, *Conclusione dell'accordo compromissorio mediante meri atti di nomina degli arbitri*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 241 e ss. Secondo l'Autrice, “poiché il consenso tacito all'arbitrato risulta dal concorso tra la proposizione della domanda unita alla prima difesa del convenuto dinanzi agli arbitri da cui emerge che quest'ultimo si è difeso solo nel merito, i.e. senza fare riferimento alla invalidità ovvero alla mancanza originaria della convenzione di arbitrato, è da ritenere che siano proprio questi i due atti del processo arbitrale da depositare presso la cancelleria del tribunale [ex art. 825 c.p.c.]. Essi, infatti, costituiscono la proposizione e l'accettazione della convenzione di arbitrato e dunque sono “gli atti contenenti la convenzione di arbitrato””.

parti (pur se all'interno di una convenzione inefficace o invalida, comunque) diretta a sottrarre alla giurisdizione statale le controversie tra loro insorte o insorgende, non si vede però come la ricostruzione in commento possa trovare giustificazione, sul piano sistematico, in relazione all'ipotesi di originaria radicale inesistenza della convenzione arbitrale. Si è infatti riconosciuto che, anche "all'interno" della tesi "del compromesso tacito", è opportuno operare un distinguo tra l'ipotesi della radicale mancanza e l'ipotesi della mera "insufficienza" di una originaria volontà compromissoria. La notazione si dipana dalla seguente constatazione: il compromesso che, ai sensi degli artt. 817 e 829, comma I, n. 4, c.p.c., determina l'estensione del giudizio arbitrale ad una domanda esorbitante, o convalida o ratifica un accordo compromissorio invalido o inefficace, è concluso mediante comportamenti concludenti, in deroga alla previsione che impone la forma scritta per la stipula dei contratti di arbitrato. Le possibili ragioni che giustificano tale deroga possono essere individuate nel fatto che quell'accordo compromissorio si perfeziona all'interno di un procedimento arbitrale già instaurato, vale a dire sul presupposto di una già manifestata volontà delle parti diretta a sottrarre alla giurisdizione statale le controversie tra esse insorte. Se si condivide questa considerazione, la conclusione è la seguente: il meccanismo "di estensione" ex artt. 817 e 829, comma I, n. 4, c.p.c., anche nell'ottica "del compromesso tacito", presuppone l'esistenza di un patto compromissorio "a monte", e quindi, non può validamente operare in una situazione di radicale mancanza dello stesso (¹⁸⁰). Inoltre, la tesi "del compromesso tacito" anziché della preclusione porta

(¹⁸⁰) V. MOTTO Alessandro, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, op. cit., pp. 88 e ss., spec. nota (³⁷).

con sé il doveroso riconoscimento del fatto che, diversamente da quanto avviene in forza dell'art. 38 c.p.c., l'accordo compromissorio formatosi *per facta concludentia* "sopravviverebbe" all'estinzione, e alla chiusura in rito, del giudizio arbitrale nel corso del quale si sarebbe formato, vincolando, pertanto, le parti a devolvere ad arbitri le future controversie sui diritti oggetto di quella domanda; così come, nel successivo giudizio arbitrale instaurato in forza del medesimo patto compromissorio, a motivo della sua perdurante efficacia, avrebbe rilevanza l'avvenuta estensione dello stesso a materia che ne era originariamente esclusa, così che il secondo giudizio arbitrale avrebbe un ambito oggettivo maggiore del primo ⁽¹⁸¹⁾.

Tale effetto non pare tuttavia compatibile con il tenore della disposizione in esame, che si limita a costituire una competenza arbitrale *ad hoc*, priva di rilevanza esterna al processo in corso ⁽¹⁸²⁾.

Le aporie cui conducono entrambe le posizioni sin qui illustrate conducono a far ritenere percorribile una "terza via", in grado di fornire coerenza sul piano sistematico al meccanismo contemplato nella

⁽¹⁸¹⁾ Per riferimenti, v. CECHELLA Claudio, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, cit., nota ⁽²⁵⁾ a p. 158; RICCI Gian Franco, *Eccezione di incompetenza*, cit., p. 333; MARENGO Roberto, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in BRIGUGLIO Antonio - FAZZALARI Elio - MARENGO Roberto, op. cit., p. 134; DELLA PIETRA Giuseppe, *Il procedimento*, op. cit., p. 157; RUFFINI Giuseppe, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, op. cit., p. 3443.

⁽¹⁸²⁾ Come riconosciuto anche da LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2011, pp. 154 e ss., secondo cui "è chiaro [...] che questo accordo compromissorio tacito non ha rilevanza esterna a quel processo: se quest'ultimo, per una qualunque ragione, non arriva ad un lodo di merito, l'efficacia dell'accordo viene meno, e se la domanda fosse riproposta in un altro processo arbitrale, ben potrebbe essere sollevata la contestazione, che è stata omessa nel primo processo".

disposizione *de qua* in relazione all'ipotesi di originaria inesistenza della convenzione arbitrale.

La riflessione può prendere le mosse da una considerazione espressa da un illustre Autore, secondo cui *“se, mancando del tutto un patto compromissorio, non è possibile ritenerlo perfezionato per la semplice carenza dell'eccezione in sede arbitrale, sembrerebbe però ragionevole almeno ritenere che quel patto viene ad esistere quando le parti hanno partecipato attivamente a tutto lo svolgersi del fenomeno arbitrale: dalla nomina degli arbitri alla trattazione di fronte a questi”* ⁽¹⁸³⁾. Con riguardo all'evoluzione normativa che ha interessato l'istituto arbitrale, il medesimo Autore ha considerato che, già dopo l'entrata in vigore della L. 5 gennaio 1994 n. 25, *“l'arbitrato si [presentava ndr] come una giurisdizione autonoma che lo Stato riconosce pienamente come qualcosa a sé, senza bisogno né di voler vedere in essa pur sempre la sua stessa giurisdizione, né di assumere, poi, il suo frutto, di “adottare” quella pronuncia come sua sentenza”* ⁽¹⁸⁴⁾; *“lo Stato, se coi Codici del 1865 e del 1942 era disposto pochissimo a fare passi indietro, tant'è che secondo quei sistemi normativi il lodo non aveva alcun valore se non adottato per mezzo di un provvedimento statale, oggi ha cambiato*

⁽¹⁸³⁾ Così testualmente BOVE Mauro, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 534 e ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Come invece sino all'entrata in vigore della Legge 5 gennaio 1994 n. 25 era stato ritenuto da GALGANO Salvatore, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, Napoli, 1911, pp. 84-90, il quale, coerentemente all'interno della sua ricostruzione (per cui nell'arbitro bisognerebbe vedere un privato incaricato di una pubblica funzione), vedeva nel lodo già una sentenza imputabile alla giurisdizione statale e nel decreto di omologazione semplicemente una sorta di “visto” di carattere amministrativo. V. inoltre, MORTARA Lodovico, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, III, Milano 1899-1909, p. 190.

prospettiva ed ha riconosciuto la piena autonomia di altre giurisdizioni: quella privata degli arbitri, ma anche, se il parallelo non è un caso, quella straniera” ⁽¹⁸⁵⁾.

L’ulteriore evoluzione che ne è seguita, dopo l’entrata in vigore del D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, ha condotto, come visto, dottrina e giurisprudenza a ritenere ormai irretrattabilmente acquisito il dato della “totale equipollenza”, sia quanto a risultato ed effetti, sia con riferimento alla struttura, tra la giustizia arbitrale e quella “togata” ⁽¹⁸⁶⁾.

È allora nella prospettiva dell’acquisizione sistematica irreversibile della “piena equiparazione funzionale” e della “totale equipollenza” fra arbitrato e giurisdizione ordinaria, che, a nostro modo di vedere, può trovare senso e coerenza la disciplina dettata dall’art. 817, comma II, c.p.c., relativamente all’ipotesi della inesistenza della convenzione arbitrale.

Se infatti si intende l’equipollenza fra arbitrato e giurisdizione statale in senso “forte”, considerando cioè la scelta della via arbitrale come una modalità di esercizio dell’azione in giudizio indirizzata ad una “giurisdizione *in toto* equipollente” a quella “togata”, si sarà portati ad avvedersi che, in realtà, lo strumento arbitrale appartiene a quelle antiche aree di autoregolamentazione degli interessi – con innegabile fondamento nell’autonomia negoziale dei privati ⁽¹⁸⁷⁾ – che un

⁽¹⁸⁵⁾ V. testualmente sempre BOVE Mauro, *ibidem*.

⁽¹⁸⁶⁾ Ci permettiamo di rinviare alla trattazione di cui al paragrafo precedente.

⁽¹⁸⁷⁾ Tale ragionamento, che “salda” il concetto di equipollenza funzionale fra arbitrato e giurisdizione al rilievo dell’incontestabile natura privata del fenomeno arbitrale, si crede, possa costituire lo sviluppo delle considerazioni espresse da PUNZI Carmine, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell’alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell’arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 22, che considera “*insuperabile, [...] pur*

ordinamento moderno liberale, pur tenuto a predisporre in via istituzionale e “ufficiale” una tutela giurisdizionale “togata”, quale contraltare del divieto di farsi ragione da sé ⁽¹⁸⁸⁾, non può del tutto sopprimere ⁽¹⁸⁹⁾. Lo strumento arbitrale costituisce infatti *la* forma di risoluzione delle controversie, concretando – sin dall’antico processo formulare romano, che ne costituisce il preclaro esempio ⁽¹⁹⁰⁾ –

dopo la Novella del 2006, continua ad essere la chiarificazione che l’arbitrato costituisce un procedimento di natura interamente privatistica, ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale ed operante sul terreno dell’autonomia negoziale delle parti”. L’ormai irretrattabile acquisizione sistematica della piena equipollenza funzionale tra arbitrato e giurisdizione statale costituisce infatti, a nostro modo di vedere, la valorizzazione massima della natura privata dell’arbitrato, il quale, proprio perché ontologicamente “altro” rispetto alla giurisdizione, è in grado ormai di porsi quale alternativa, su di un piano totalmente paritetico, alla stessa.

⁽¹⁸⁸⁾ Secondo la concezione risalente alle riflessioni di HOBBS Thomas, *Leviatano*, 1651, secondo cui “Lo Stato rappresenta l’istanza unitaria e sovrana di neutralizzazione dei conflitti sociali e religiosi attraverso l’esercizio di una summa potestas, espressa attraverso la forma astratta e universale della legge che si legittima in base al mandato di autorizzazione degli individui, in cui si realizza il meccanismo della rappresentanza politica; i cittadini si trovano infatti in quella fase pre-politica che è definita come stato di natura e il Sovrano svolge un ruolo “rappresentativo” unificando in sé la “moltitudine dispersa””. Nel pensiero hobbesiano, i singoli, mediante la stipula del patto sociale, irreversibile ed unilaterale, hanno rinunciato al “diritto su tutto” (*ius omnium in omnia*) che caratterizzava lo stato di natura (inteso come *bellum omnium contra omnes*, ossia uno stato di guerra universale e perpetua caratterizzato dall’assenza di leggi scritte e di istituzioni giuridico-politiche), trasferendolo ad un soggetto terzo in modo tale che, con la sottomissione della volontà di tutti, fosse costituito uno Stato che, unico detentore del diritto dell’uso della forza, si ponesse a difesa di tutti e garantisse le condizioni per una coesistenza pacifica.

⁽¹⁸⁹⁾ V. in questo senso, CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, Vol. II, Torino, 2012, p. 149.

⁽¹⁹⁰⁾ Come noto, nella seconda fase del processo formulare romano – quella *apud iudicem*, volta all’esame della controversia e alla formazione del giudizio – le parti si trovavano innanzi ad un organo giudicante che per regola era uno *iudex privatus* (detto anche *arbiter*, quando gli era stata attribuita, per determinati tipi di giudizi, una certa discrezionalità di apprezzamento) designato su accordo delle parti nell’ambito di liste di persone munite di dati requisiti.

l'originario e vero strumento per la soluzione delle liti all'interno di un modello di società isonomica ⁽¹⁹¹⁾. Così che è evidente che in uno Stato liberale, la tutela giurisdizionale viene bensì a concretare lo strumento predisposto dell'ordinamento per la tutela delle posizioni giuridiche di vantaggio, ma ad essa continua ad affiancarsi, o meglio, a sovrapporsi lo strumento privato dell'arbitrato come forma originaria ⁽¹⁹²⁾ di composizione delle controversie.

Con riguardo alla disciplina dettata dall'art. 817, comma II, c.p.c., pare quindi di potersi ritenere che tale disposizione – all'apparenza, come visto, “fuori centro” rispetto alle coordinate dettate dal diritto positivo – in realtà trovi la propria coerenza sistematica, quale preclusione processuale ⁽¹⁹³⁾, nell'esigenza di “dare sfogo” alla concezione per la quale, in ogni caso, anche in assenza di una volontà compromissoria espressa nelle sue forme “canoniche”, lo strumento arbitrale costituisce pur sempre il naturale ed originario strumento di risoluzione delle

⁽¹⁹¹⁾ Come espressamente riconosciuto anche dalla Suprema Corte, nella recente pronuncia Cass. Civ., 20 febbraio 2015, n. 3464, secondo cui *“la clausola compromissoria, in diritto italiano, è una clausola che permette la devoluzione a soggetti, in qualità di arbitri, delle possibili e/o eventuali controversie derivanti dal contratto nel quale è contenuta. È essa stessa espressione di un riconoscimento democratico dell'autonomia privata, con la quale i contraenti decidono di voler ricercare un'eterocomposizione delle liti che possono insorgere durante la fase di esecuzione del contratto, eventualmente dovute anche all'interpretazione dello stesso, rinunciando alla giurisdizione statale”*.

⁽¹⁹²⁾ Se è vero infatti che l'arbitrato, quale “formazione sociale” in cui l'individuo “svolge la sua personalità”, è “riconosciuto” e tutelato dall'art. 2 Cost., deve ritenersi che, nella visione di stampo giusnaturalistico che permea il disposto dell'art. 2 Cost., il ricorso ad una forma privata di tutela dei diritti costituisca l'oggetto di un diritto naturale che appartiene per natura all'uomo e perciò precede l'esistenza stessa dello Stato, che dunque non lo crea, ma, appunto, lo riconosce e garantisce in concreto, attraverso la legislazione ordinaria.

⁽¹⁹³⁾ Solo così infatti si può tener fede alla regola, riconosciuta in modo unanime, per cui i *facta concludentia* sono tali da produrre effetto solo all'interno del procedimento in cui sono venuti in essere.

controversie interpretate, che lo Stato non può che riconoscere come equiordinato e del tutto paritario rispetto all'apparato giurisdizionale istituzionale da esso predisposto.

BIBLIOGRAFIA

- ACONE Modestino, *Arbitrato e competenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, pp. 239 e ss.
- ACONE Modestino, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*, *Rivista di diritto processuale*, 2007, pp. 1591 ss.
- ACONE Modestino, *Translatio iudicii tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, in *Foro italiano*, 2013, pp. 2697 ss.
- ANDRIOLI Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964
- ANDRIOLI Virgilio, nota a C.Cost. 14 luglio 1977 n. 127, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, pp. 1143 ss.
- ATTARDI Aldo, *Diritto processuale civile*, I, *Parte Generale*, Padova, 1999
- ATTERITANO Andrea, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 269 e ss.
- AULETTA Ferruccio, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale (D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)* a cura di MENCHINI Sergio, in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, pp. 1392 e ss.
- BARBIERI Giorgio – BELLA Enrico, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*,

Padova, 2007

BERNARDINI Piero, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, pp. 227 e ss.

BETTI Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936

BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 288

BOCCAGNA Salvatore, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005

BOCCAGNA Salvatore, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio – LUISO Francesco Paolo, III, Torino, 2007, pp. 5986 e ss.

BOCCAGNA Salvatore, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, pp. 313 ss.

BOCCAGNA Salvatore, Art. 819 ter c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO Claudio, Milano, 2010, pp. 1924 ss.

BOCCAGNA Salvatore, *Translatio iudicii nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 467 ss.

BOCCAGNA Salvatore, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 374 ss.

BOVE Mauro, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 534 ss.

BOVE Mauro, *Arbitrato e litispendenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 506 ss.

- BOVE Mauro, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, pp. 409 ss.
- BOVE Mauro, *Gli arbitri di fronte alla questione di legittimità costituzionale (riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001 n. 376)*, in *Rivista critica di diritto privato*, pp. 305 ss.
- BOVE Mauro, *Il patto compromissorio rituale*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, pp. 403 ss.
- BOVE Mauro, *La Corte di Cassazione come giudice di terza istanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, pp. 954 ss.
- BOVE Mauro, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 247 ss.
- BOVE Mauro, in BOVE Mauro – CECHELLA Claudio, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006
- BOVE Mauro, *Senza anticipo spese decade la convenzione*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 100 ss.
- BOVE Mauro, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 104 ss.
- BOVE Mauro, *Discutibile la scelta del «sistema tedesco»*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 107 ss.
- BOVE Mauro, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in www.judicium.it
- BOVE Mauro, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 353 ss.
- BOVE Mauro, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1305
- BOVE Mauro, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n.*

- 69/2009, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 82 ss.
- BRIGUGLIO Antonio, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994*, in *Giustizia civile*, 1994, II, pp. 295 ss.
- BRIGUGLIO Antonio, in *AA.VV., Codice di procedura civile commentato*, a cura di VACCARELLA Romano – VERDE Giovanni, IV, Torino, 1997
- BRIGUGLIO Antonio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, pp. 664 ss.
- BRIGUGLIO Antonio, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 511 ss.
- BUONCRISTIANI Dino, nota a Cass. Civ., 28 marzo 1991 n. 3362, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 47
- CALAMANDREI Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1943
- CANALE Guido, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 689
- CANSACCHI Giorgio, *Considerazioni sulla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1969, pp. 92 e ss.
- CAPACCIOLI Enzo, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, Padova, 1957
- CAPPONI Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, in www.judicium.it

- CAPPONI Bruno, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in www.judicium.it
- CARNACINI Tito, *voce Arbitrato rituale*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1958, pp. 879 ss.
- CARNELUTTI Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936
- CARPI Federico, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, pp. 47 ss.
- CARPI Federico – ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, in *AA.VV.*, *Arbitrato*, a cura di CARPI Federico, Bologna, 2001
- CARPI Federico, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in www.judicium.it
- CECCHHELLA Claudio, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990
- CECCHHELLA Claudio, *L'arbitrato*, Torino, 1991
- CECCHHELLA Claudio, *Il contratto di arbitrato*, in *L'arbitrato* a cura di CECCHHELLA Claudio, Torino, 2005, pp. 3 ss.
- CECCHHELLA Claudio, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato* a cura di CECCHHELLA Claudio, Torino, 2005, pp. 155 ss.
- CHIOVENDA Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923
- CHIOVENDA Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934
- CHIOVENDA Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1987
- COLESANTI Vittorio, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Rivista di diritto processuale*, 1958, pp. 247 ss.

- COLESANTI Vittorio – MERLIN Elena – RICCI Edoardo Flavio (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile, I principi*, Milano, 2002
- CONSOLO Claudio, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, pp. 453 ss.
- CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo*, Bologna, 1994
- CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in *Corriere giuridico*, 2001, pp. 51 ss.
- CONSOLO Claudio – MARINELLI Marino, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi*, in *Corriere giuridico*, 2003, pp. 827 ss.
- CONSOLO Claudio, *Lodo rituale e preliminare inadempito: efficacia traslativa immediata?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 729 ss.
- CONSOLO Claudio – MURONI Raffaella, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corriere giuridico*, 2001, pp. 1448 ss.
- CONSOLO Claudio, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002
- CONSOLO Claudio, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006
- CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, tomo secondo, Profili Generali*, Padova, 2006

- CONSOLO Claudio - DE CRISTOFARO Marco, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corriere giuridico*, 2007, pp. 745 ss.
- CONSOLO Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 603 ss.
- CONSOLO Claudio, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, pp. 1267 ss.
- CONSOLO Claudio, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo "Codice della giustizia amministrativa"*, in *Corriere giuridico*, 2010, pp. 756 ss.
- CONSOLO Claudio, *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in *Corriere giuridico*, 2011, pp. 349 ss.
- CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, Vol. II, Torino, 2012, p. 149
- CONSOLO Claudio, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corriere giuridico*, 2013, pp. 1107 ss.
- CORSINI Filippo, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in www.judicium.it
- CUTRERA Achille, *Gli arbitrati irrituali e la Convenzione di New York*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 1105

ss.

D'ALESSANDRO Elena, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 550 ss.

D'ALESSANDRO Elena, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice e arbitro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 493 ss.

D'ALESSANDRO Elena, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma II, ed 829, n. I, c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, pp. 679 ss.

D'ALESSANDRO Elena, *Conclusione dell'accordo compromissorio mediante meri atti di nomina degli arbitri*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 241 ss.

D'ALESSANDRO Elena, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 529 ss.

D'ALESSANDRO Elena, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro italiano*, 2013, pp. 2695 ss.

DANOVI Filippo, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999

DANOVI Filippo, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, in *Giustizia civile*, 2002, pp. 471 e ss.

DELLA PIETRA Giuseppe, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale* a cura di VERDE Giovanni, Torino, 2000, p. 157

DE SANTIS Francesco, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Rivista di diritto*

- processuale*, 2000, pp. 177 ss.
- DOMENICHELLI Vittorio, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1996, pp. 236 ss.
- FAZZALARI Elio, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, pp. 459 e ss.
- FAZZALARI Elio, *Una buona «Novella»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, pp. 6 ss.
- FAZZALARI Elio, *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, pp. 453 ss.
- FAZZALARI Elio, in BRIGUGLIO Antonio – FAZZALARI Elio – MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994
- FAZZALARI Elio, *L'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 42 ss.
- FAZZALARI Elio, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, pp. 704 ss.
- FAZZALARI Elio, *Questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 661 ss.
- FESTI Fiorenzo, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001
- FORNACIARI Michele, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, comma II, c.p.c.*, in www.judicium.it
- FORNACIARI Michele, *Arbitrato come giudizio a quo: prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*, in *Corriere giuridico*, 2002, 8, pp. 1009 ss.

- FORNACIARI Michele, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, in www.judicium.it
- FRANCHI Giovanni, *Arbitrato irrituale e Convenzione di New York*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, c. 407
- FRASCA Raffaele, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, in *Foro italiano*, 2013, pp. 2695 ss.
- GALGANO Francesco, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 297 ss.
- GALGANO Salvatore, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, Napoli, 1911
- GASPERINI Maria Pia, *Su una proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. n. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 390
- GIACOBBE Daniela, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, in *Giustizia civile*, 1997, pp. 2451 ss.
- GRASSO Eduardo, in *AA.VV.*, *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, a cura di VERDE Giovanni, Napoli, 1985
- IZZO Silvia, *I rapporti tra arbitrato rituale e processo: lo "stato dell'arte"*, in www.consiglionazionaleforense.it
- KASSIS Antoine, *Problèmes de base de l'arbitrage*, I, Paris, 1987
- LA CHINA Sergio, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999
- LATTANZI Flavia, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989
- LEPRI Fabio, *Poteri del difensore ed estensione del thema decidendum nel processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 129

- LEPRI Fabio, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, I comma, c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, 2, pp. 376 ss.
- LEVONI Alberto, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975
- LEVONI Alberto, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, 1985
- LIEBMAN Enrico Tullio, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, pp. 470 ss.
- LIEBMAN Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981
- LUISO Francesco Paolo, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1994, pp. 500 ss.
- LUISO Francesco Paolo, *Appunti di diritto processuale civile, I processi speciali*, Pisa, 1994, pp. 304 ss.
- LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Milano, 1994
- LUISO Francesco Paolo, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, pp. 13 ss.
- LUISO Francesco Paolo, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 517 ss.
- LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000
- LUISO Francesco Paolo, AULETTA Ferruccio e CAPPONI Bruno, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, in *Giustizia civile*, 2002, II, p. 59
- LUISO Francesco Paolo, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, pp. 773 ss.

- LUISO Francesco Paolo, *L'articolo 824 bis c.p.c.*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, pp. 235 ss.
- LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2011
- LUISO Francesco Paolo, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 325 ss. e in www.judicium.it
- LUZZATTO Riccardo, *Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1981, pp. 105 ss.
- LUZZATTO Riccardo – RICCI Edoardo Flavio (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, pp. 113 ss.
- MANDRIOLI Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995
- MANDRIOLI Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, Milano, 2000
- MANDRIOLI Crisanto, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2004
- MANGIA Alessandro, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in www.forumcostituzionale.it
- MARENGO Roberto, *Arbitrato e connessione di cause*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, pp. 759 ss.
- MARENGO Roberto, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in BRIGUGLIO Antonio - FAZZALARI Elio - MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, pp. 133 ss.
- MENCHINI Sergio, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 733 ss.
- MENCHINI Sergio, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*,

- in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 287 ss.
- MENCHINI Sergio, *Il giudicato civile*, Torino, 2002
- MENCHINI Sergio, *Impugnazioni del lodo «rituale»*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 843 ss.
- MENCHINI Sergio, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2013, pp. 363 ss.
- MIRABELLI Giuseppe, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, pp. 79 ss.
- MIRABELLI Giuseppe, *Arbitrato e concessioni di opere pubbliche*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, pp. 439 ss.
- MONTELEONE Girolamo, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero: esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, pp. 43 ss.
- MONTESANO Luigi, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato*, in *Foro italiano*, 1983, I, pp. 160 ss.
- MONTESANO Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994
- MONTESANO Luigi, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 822 ss.
- MORTARA Lodovico, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, III, Milano 1899-1909, p. 190
- MOTTO Alessandro, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, pp. 88 ss.
- MÜNCH Joachim, in GOTTWALD Peter, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2 Auflage, München, 2001, sub § 1031, 1074
- MURONI Raffaella, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008

- OCCHIPINTI Elena, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011
- ODORISIO Emanuele, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, pp. 4219 ss.
- ODORISIO Emanuele, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, pp. 253 ss.
- ORIANI Renato, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti fra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Foro italiano*, 2007, I, p. 1009
- PATOCCHI Paolo Michele e SCHIAVELLO Giuseppe, *Arbitrato irrituale: how should it be handled in a non Italian jurisdiction? A discussion from a Swiss prospective*, in *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1998, pp. 132 ss.
- PELLEGRINELLI Piera, in ATTERITANO Andrea, *Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di Cassazione e sull'arbitrato*, Padova, 2009
- PONTECORVO Armando, in *Dizionario dell'arbitrato*, *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 2007, pp. 198 ss.
- PUGLIESE Giovanni, *Giudicato civile*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1968
- PUNZI Carmine, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1973
- PUNZI Carmine, *La riforma dell'arbitrato (osservazioni a margine della l. 9 febbraio 1983, n. 28)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1983, pp. 84 e ss.

- PUNZI Carmine, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 331 ss.
- PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000
- PUNZI Carmine, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, pp. 242 ss.
- PUNZI Carmine, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giustizia civile*, 2003, pp. 720 ss.
- PUNZI Carmine, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 749 ss.
- PUNZI Carmine, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 963 ss.
- PUNZI Carmine, «Efficacia di sentenza» del lodo, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 819 ss.
- PUNZI Carmine, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, pp. 395 ss.
- PUNZI Carmine, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 22
- RASCIO Nicola, *La decisione*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, *Diritto dell'arbitrato rituale* a cura di VERDE Giovanni, Torino, 2000, pp. 273 ss.
- REDENTI Enrico, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957
- REDENTI Enrico, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959
- REDENTI Enrico, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1997

- RICCI Edoardo Flavio, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rivista di diritto processuale*, 1983, pp. 635 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *Il lodo rituale di fronte a terzi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, pp. 655 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *Un raggio di luce nel buio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993, pp. 179 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *L'efficacia "vincolante" del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 809 ss.
- RICCI Edoardo Flavio – RUOSI Wolfango Maria in TARZIA Giuseppe – RICCI Edoardo Flavio, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, pp. 501 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 259 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 559 ss.
- RICCI Gian Franco, *Eccezione di incompetenza*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI Federico, Bologna, 2001, pp. 332 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 351 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 1239 ss.

- RICCI Edoardo Flavio, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, pp. 557 ss.
- RICCI Edoardo Flavio, *La delega sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 951 ss.
- ROMBOLI Roberto, nota a C.Cost. 28 novembre 2001 n. 376, in *Foro italiano*, 2002, I, p. 1648
- RUBINO-SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato interno*, Padova, 1991
- RUBINO SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994
- RUBINO SAMMARTANO Mauro, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002
- RUFFINI Giuseppe, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, p. 682
- RUFFINI Giuseppe, in *AA.VV., Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO Claudio e LUISO Francesco Paolo, Milano, 2000, *sub art.* 806, pp. 3335 ss.
- RUFFINI Giuseppe, *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, pp. 221 ss.
- RUFFINI Giuseppe, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 143 ss.
- RUFFINI Giuseppe, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001 n. 376)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pp.

263 ss.

RUFFINI Giuseppe, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 417 e ss.

RUFFINI Giuseppe, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, pp. 495 ss.

RUFFINI Giuseppe, *Patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, pp. 711 ss.

RUFFINI Giuseppe, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in BRIGUGLIO Antonio - FAZZALARI Elio - MARENGO Roberto, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 3443.

SACCO Rodolfo, *La conclusione dell'accordo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO Pietro, X, Torino, 1982, pp. 35 ss.

SALVANESCHI Laura, *I rapporti fra giudice e arbitro dopo la decisione della Consulta*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 384 ss.

SALVANESCHI Laura, *Translatio iudicii a senso unico nel rapporto tra arbitro e giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 1151 ss.

SANDERS Paul, *Consolidated Commentary*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, pp. 332-333

SANDULLI Maria Alessandra, *I recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sulla translatio iudicii*, in www.federalismi.it

SANTORO PASSARELLI Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1970, pp. 136 ss.

SATTA Salvatore, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1932

SATTA Salvatore, *Commentario al codice di procedura civile*, IV,

- Milano, 1972
- SATTA Salvatore, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1972
- SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1958
- SCHIZZEROTTO Gianni, *Sulla qualificazione giuridica dell'eccezione di compromesso*, in *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 1, pp. 1623 e ss.
- SCHIZZEROTTO Gianni, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova, 1969
- SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982
- SCHIZZEROTTO Gianni, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988
- SCHLOSSER Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989
- SCHWAB Karl Heinz - WALTER Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Auflage, München, 2005, pp. 37 ss.
- SCOGNAMIGLIO Andreina, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in www.judicium.it
- SOLDATI Nicola, *I principi della terza riforma dell'arbitrato*, in *I contratti*, 2006, pp. 426 e ss.
- STALEV Zivko, *Arbitration to adapt long – term international economic contracts to changed circumstances*, in AA.VV., *New trend on the development of international Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, Deventer, 1983
- TARZIA Giuseppe, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1987, pp. 14 ss.
- TARZIA Giuseppe, *Conflitti fra lodi arbitrali e conflitti fra lodi e*

- sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 631 ss.
- TEDIOLI Francesco, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 139 ss.
- TIZI Francesca, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 629 ss.
- TOMBARI Giovanna, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, pp. 1063 ss.
- TOMMASEO Ferruccio, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, pp. 199 ss.
- TOTA Gabriella, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in www.judicium.it
- VACCARELLA Romano, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, in *Giustizia civile*, 1997, pp. 273 ss.
- VACCARELLA Romano, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare sulla propria competenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 325 ss.
- VACCARELLA Romano, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, *Giustizia civile*, 2001, I, 2887 ss.
- VANZ Maria Cristina, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59, L. n. 69 del 2009*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, pp. 9 ss.
- VECCHIONE Renato, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*,

Milano, 1971

VELLANI Marco, *Eccezione di incompetenza*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 292 ss.

VERDE Giovanni, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 469 ss.

VERDE Giovanni, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2000, pp. 43 ss.

VERDE Giovanni, *Note a prima lettura sulla legge di conversione n. 80 del 14 maggio 2005*, in www.judicium.it

VERDE Giovanni, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 81 e ss.

VERDE Giovanni, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, pp. 215 ss.

VERDE Giovanni, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corriere giuridico*, 2014, pp. 84 ss.

VOIT, in *Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2005

WENGER Werner, *Zur Anwendbarkeit des New Yorker Uebereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche auf einen «freien» Schiedsspruch des italienischen Rechts*, in *Praxis des internationalen privat – und Verfahrensrecht*, 1982, pp. 135 ss.

ZEUNER Albrecht, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tubinga, 1959

ZIINO Salvatore, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819 ter, comma II,*

c.p.c.), in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 913 ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI Federico, Bologna, 2001, pp. 612 ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, *Riforma del diritto arbitrale (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007, *sub art.* 806, pp. 1116 ss.